

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXIV
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE.
MCMLXXI

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

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

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

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

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

JOSÉ BONET CORREA: <i>Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170 del Código civil sobre pagos de las deudas de dinero</i>	1085
ANTONIO M. MORALES MORENO: <i>La inscripción y el justo título de usucapión</i> ...	1123
ORENCIO V. TORRALBA SORIANO: <i>La responsabilidad por auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones</i>	1143
JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA: <i>Notas sobre parafernales en Aragón: el patrimonio privativo de la mujer casada aragonesa</i>	1167

Estudios de Derecho extranjero

GONZALO AFANADOR: <i>Rescisión de la venta por violencia generalizada</i>	1203
--	------

Bibliografía

Libros 1215

ALONSO OLEA, Manuel: *Derecho del trabajo*, por José M.^a Álvarez de Miranda.—ARISTOTELES: *Política*, por C. B.—CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Derecho internacional privado, introducción a sus problemas fundamentales*, por Adolfo Miaja de la Muela.—COCCOPALMERIO Domenico: *La teoría política de Marx*, por R.—DE LA VEGA BENAYAS, Carlos: *Introducción al Derecho judicial*, por Manuel Trenzado Ruiz.—IGLESIAS PRADA, J. L.: *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, por José Bonet Correa.—LACRÚZ BERDEJO, José Luis y SANCHO RE BULLIDA, Francisco: *Derecho de sucesiones*, por Orencio T. Torralba Soriano. PLATÓN: *Menón*, por R. — RIVERO HERNANDEZ, Francisco: *La presunción de paternidad legítima*, por Jesús Díez del Corral Rivas.—ROVIRA FLOREZ DE QUINONES, María Carolina: *La filosofía jurídica de Felipe Clemente de Diego Gutiérrez*, por R.

Revistas

A cargo de Rodrigo Bercovitz y Antonio M. Morales 1241

Jurisprudencia

I. Sentencias anotadas:

1. Nulidad de matrimonio civil; defectos del recurso, por Jesús Díez del Corral Rivas 1249
2. El reconocimiento de la filiación natural por comparecencia ante el Juez, por Jesús Díez del Corral Rivas 1252

II. Sentencias 1261

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125—1958

IMPORTANTE

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

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXIV
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE

MCMLXXI

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

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

Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170 del Código civil sobre el pago de las deudas de dinero

JOSE BONET CORREA

SUMARIO: 1. La doctrina postcodificadora ante el artículo 1.170 I del Código civil.—2. Los antecedentes históricos sobre el pago de las deudas de dinero y el condicionamiento económico de la época codificadora.—3. El ámbito interpretativo del artículo 1.170 I del Código civil en cuanto al pago de las deudas de dinero.—4. La imposibilidad de entregar la especie pactada como causa de convertibilidad de las monedas.—5. El pago de las deudas de dinero en moneda de curso legal en España.—6. Las deudas de dinero y su naturaleza cuantitativa o nominal.

1. *La doctrina postcodificadora ante el artículo 1.170 I del Código civil.*

El artículo 1.170 I del Código civil establece que: «El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España» (1).

Este artículo, encuadrado por el legislador en el Libro cuarto del Código civil, bajo el título primero, «de las obligaciones», a su vez dentro del capítulo IV, «de la extinción de las obligaciones» sección 1.ª, «del pago», resulta la modalidad concreta y más idónea para el cumplimiento o conclusión de las deudas de dinero.

En un período, que bien puede establecerse entre la publicación del Código civil (1889) hasta que ocurre la guerra civil española (1936), el criterio común de la civilística española en torno a la problemática de este artículo 1.170, puede resumirse y verse reflejado represen-

(1) El párrafo segundo de este artículo añade: «La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso».

tativamente en la opinión de VALVERDE (2), cuando dice que «está sumamente claro el artículo y no merece explicación alguna».

Efectivamente, tras la primera etapa de vigencia del Código civil, la relativa estabilidad del panorama monetario no planteaba a los comentaristas y civilistas las cuestiones de alcance fundamental que más tarde habían de aparecer. Tampoco el primer conflicto bélico mundial de 1914-1918 tiene una influencia directa sobre la economía monetaria española, debido a nuestra posición neutral que, por lo demás, ha de reforzar y mejorar nuestras reservas oro (3). Por eso, nuestros civilistas contemplarán el panorama ajeno (4), aunque la jurisprudencia deba acometer ciertos aspectos de derecho internacional privado por inevitables repercusiones (5). Será hacia el final de este período cuando comienzan a plantearse los problemas concretos que crean los primeros síntomas agudos de depreciación monetaria de la peseta española (6).

La doctrina civilista postcodificadora, pues, presentará un análisis interpretativo del artículo 1.170 I del Código civil, al estilo francés de la escuela de la exégesis. Así, SÁNCHEZ ROMÁN (7) se referirá a las obligaciones cuyo pago consiste en dinero, estableciendo que deben satisfacerse en la clase de moneda que se hubiere estipulado, y en caso de ser imposible, en la corriente, según el valor de la misma al tiempo de verificarse el pago. MANRESA (8) también destacará este mismo aspecto de la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la moneda de pago, así como el correspondiente al carácter de deuda de valor que tiene la deuda pecuniaria frente a la especie pecuniaria (9). Mientras este último criterio resulta una interpretación muy subjetiva del autor —como sucederá con toda la doctrina civilista española posterior, debido a su posición particular sobre el concepto de dinero y la clasificación de sus obligaciones—, en cuanto al

(2) VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español. III. Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*, 3.ª ed., Valladolid, 1926, pág. 167.

(3) Cfr. NADAL OLLER, *La economía española (1829-1931)*, en «Banco de España. Una historia económica». Madrid, 1970, págs. 317 y sigs.

(4) Cfr. SANCHO SERÁL, *El problema de las deudas de dinero en el Derecho actual. Datos para un estudio sobre la significación del nominalismo pecuniario en el Derecho civil* (separata de la Revista Universidad), Zaragoza, 1926, y la traducción que hace de la obra de NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, Madrid, 1924.

(5) Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1923, 10 de marzo de 1925, 24 de octubre de 1927, 18 de marzo de 1929 y 8 de julio de 1936.

(6) Cfr. FONCILLAS, *La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 90 (1932), págs. 428 y sigs.

(7) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil. IV. Derechos de obligaciones. Derecho de la contratación*. Madrid, 1899, pág. 266.

(8) MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, 6.ª ed., VIII-1, revisada por MORENO MONCHOLI. Madrid, 1967, págs. 655 y 657.

(9) Esta misma distinción la hará suya PÉREZ GONZÁLEZ en las notas a ENNECERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado de Derecho civil. II-1. Derecho de obligaciones*, 2.ª ed., al cuidado de PUIG BRUTAU. Barcelona, 1954, pág. 39.

otro aspecto hace ver, igualmente, cómo la base primera para determinar en qué haya de consistir el pago es el convenio de que la obligación se derive, al cual, necesariamente ha de atenerse.

MANRESA también puntualiza, en el caso de que el pago deba consistir en una especie distinta de la moneda de oro o plata de curso legal, que la entrega de ésta se subordina por el Código a la imposibilidad, no pudiendo entenderse como absoluta (y sí referida a las circunstancias de la obligación, objeto, lugar y tiempo), de entregar lo pactado, con lo cual se sanciona la eficacia de las obligaciones y no se autoriza al deudor para transformarlas a su voluntad.

Del mismo modo MUCIUS SCAEVOLA (10) pondrá de relieve el respeto a la voluntad de las partes, por un lado, mientras que, por otro, se fijará en los caracteres exclusivos que presenta el pago de las deudas de dinero en cuanto al resto de la parte general de las obligaciones. Por lo que se refiere a este último aspecto, el ilustre comentarista (11) dice que el artículo 1.170 presenta caracteres propios, distintos de los correspondientes al resto de la parte general de obligaciones, pues ante la imposibilidad de realizar el pago no se da la resolución de la deuda ni la posibilidad legal de entrar a discutir la negligencia o diligencia del deudor en el cumplimiento de su compromiso, sino la variabilidad de los términos mismos que constituirían el deber, disponiendo que la especie pactada en el contrato se sustituirá entonces por cualquier otra de plata u oro que tenga curso legal en España.

En el caso de que no se hubiese pactado expresamente ninguna especie de dinero, para MUCIUS SCAEVOLA (12) es, sin duda, lo que con más frecuencia sucede en las contrataciones, por lo que, el Código seguramente no lo consigna al considerar fácil la resolución de la deuda, ya que sin el propósito de las partes no entró el de una determinada moneda, sino sólo de un valor, cualquiera que sea la que por el deudor se entregue servirá perfectamente para el cumplimiento de la obligación de los términos en que se hallaba establecida. Sin embargo, MANRESA (13) precisa más, pues no se trata de que el deudor entregue cualquier moneda, sino, como dice el Código, las monedas que tengan curso legal en España, lo cual —aclara— es distinto de monedas españolas acuñadas por el Estado nacional.

La cuestión práctica que destaca en esta época postcodificadora es la planteada como consecuencia del importante aumento de la circulación fiduciaria de los billetes de Banco en el tráfico civil y mercantil, iniciada en el primer tercio del siglo XIX, y ya plenamente admitida por el artículo 179 del Código de comercio de 1885 (14), pero

(10) MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil. XIX. De las obligaciones* (artículos 1.088 a 1.213), 2.^a ed., págs. 996 y 997.

(11) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 996.

(12) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 997.

(13) MANRESA, *op. cit.*, págs. 570 y 571.

(14) El artículo 179 del Código de comercio establece: «Los Bancos podrán emitir billetes al portador, pero su admisión en las transacciones no será forzosa».

que da lugar a cuestiones interpretativas, tanto desde su ámbito jurisprudencial como doctrinal, al tratar de decidir sobre su eficacia para el pago.

En principio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de diciembre de 1876 (15), mantiene que los billetes de Banco no son moneda corriente en la acepción legal ni aun usual de la palabra, y, por consiguiente, su aceptación por su valor nominal para hacer efectivos los contratos y obligaciones, no es forzosa, si no se estipulase por las partes contratantes.

Una vez concedido el privilegio exclusivo de emisión al Banco de España por la Ley de 19 de marzo de 1874 (16), que al mismo tiempo suspendía la eficacia del artículo 179 del Código de comercio, dichos billetes del Banco de España comienzan a ser admitidos como representativos de moneda; no obstante, al carecer todavía de curso forzoso, era opinión común de la doctrina (17) el que no pudieran sustituir en los pagos a la moneda de curso legal si se oponía el acreedor. Es decir, que los billetes del Banco de España todavía no estaban acuñados como moneda y eran solamente un documento mercantil más del tráfico crediticio (18) si bien ya con un alcance dinerario.

Sin embargo, debido al gran incremento de la circulación fiduciaria, después de las primeras crisis mundiales y de la nueva concepción nominalista del dinero, de su valor cartal, tal como se desenvolvía en el mercado internacional de valores, el billete de Banco va adquiriendo consuetudinariamente en las transacciones y pagos la categoría de moneda. Ya bien avanzado el primer tercio de nuestro siglo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de abril de 1929 (19), ha de iniciar su expreso reconocimiento como «moneda», al manifestar que

(15) ALCUBILLA, 5.^a ed., XI, pág. 491.

(16) La Ley de 19 de marzo de 1874 suspendía la libertad que había proclamado el artículo 179 del Código de comercio en cuanto a poder emitir billetes al portador y concedía al Banco de España, por treinta años, este único privilegio, que prorroga la Ley de 29 de diciembre de 1921 hasta el 31 de diciembre de 1946. Con posterioridad, la Ley de Ordenación Bancaria, de 24 de enero de 1927, modificada por la Ley de 26 de noviembre de 1931 y por la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946.

(17) MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 997; CLEMENTE DE DIEGO, *Apuntes de Derecho civil español común y foral*. Cuaderno 1.º. Segundo curso (1909-1910). Madrid, s. a., pág. 71; VALVERDE, *op. cit.*, pág. 167.

(18) La consideración del billete de Banco como un «título abstracto» o «al portador», que atribuye un derecho a exigir una cantidad determinada, es hecha por TARRAGATO, *Los billetes de Banco (arts. 464 del Código civil español y 2.220 del Código civil francés)*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 151 (1927), págs. 628 y sigs.

(19) V. *Gaceta* del 20 a 22 de noviembre de 1930, págs. 767 y sigs. El caso concreto se refería a una cláusula del contrato de emisión de obligaciones de la Compañía de Ferrocarriles Andaluces, por la que el pago de los intereses de dichas obligaciones suscritas se había estipulado con opción de cambio en francos franceses o en pesetas españolas, cfr. BONET CORREA, *La emisión de obligaciones con «opción de cambio» y con «opción de plaza» en la jurisprudencia española*, en *Anuario de Derecho Civil*, XXIII-2 (1970), páginas 299 y sigs.

convenido el pago de unos intereses «sin especificar si había de ser en moneda metálica o de papel, el deudor cumple su obligación haciendo el pago en cualquiera de esas clases de moneda».

A pesar de que el Tribunal Supremo reconozca así, de hecho, a los billetes del Banco de España la categoría de «moneda», la sanción legal de los mismos como tal moneda ha de ser realizada años más tarde debido a las circunstancias políticas y económicas que plantea la guerra civil española, siendo, concretamente, la Ley de 9 de noviembre de 1939, quien impondrá a los billetes del Banco de España su curso forzoso y los proclamará preceptivamente medios legales de pago con pleno poder liberatorio. De este modo, los billetes del Banco de España, ya utilizados anteriormente como «dinero», adquieren definitivamente la categoría de «moneda» de curso legal, a pesar de que hasta la actualidad se siga conservando su forma documental como instrumento mercantil que responde a una economía de patrón oro convertible, tal como aparece en la expresión: «El Banco de España pagará al portador la cantidad de X pesetas».

2. *Los antecedentes históricos sobre el pago de las deudas de dinero y el condicionamiento económico de la época codificadora.*

Los codificadores civiles españoles, en cuanto expertos abogados y avezados jurisconsultos, atendieron más al modo de cómo debía hacerse el pago de una deuda de dinero que a definir lo que era una tal deuda de dinero, lo que tampoco implicaba una falta de rigor o precisión, según algún ilustre profesor ha pretendido señalar (20), tanto en el supuesto general que recoge el artículo 1.170 I del Código civil, como en los particulares del préstamo simple civil (artículos 1.753 y 1.754 del Código civil), o del préstamo mercantil (artículo 312 del Código de comercio). Es que la actitud adoptada por los codificadores no fue fortuita ni inconsciente, sino reflexiva y muy vinculada a los antecedentes históricos, así como a los presupuestos económicos de su época, según vamos a ver.

Las experiencias del pasado les habían puesto en evidencia a nuestros codificadores como en la época medieval (21) y moderna (22); surgieron las más distintas y variadas monedas dentro de la multiplicidad de Reinos y Estados soberanos por lo que para evitar conflictos y alcanzar la seguridad y equidad en los pagos, el hecho de precisar con qué moneda un deudor habría de solventar dichos

(20) GARRIGUES, *Contratos bancarios*. Madrid, 1958, pág. 81, expresamente dice que el artículo 1.170 no recoge claramente la deuda pecuniaria o de suma de dinero, sino la deuda de especie monetaria.

(21) Para un amplio estudio en esta época, cfr. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, 1960; COLLIVA, *Notas a un reciente libro sobre las obligaciones pecuniarias en el «ius commune»*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 83 (1962), págs. 119 y sigs.

(22) Cfr. HUBRECHT, *Quelques observations sur l'évolution des doctrines, concernant les paiements monétaires du XVII^e et XVIII^e siècles*, en *Aequitas und Bona fides*. Festgabe zum 70. Geburtstag A. Simonius. Basel, 1955, páginas 133 y sigs.

pagos aparecía como la cuestión fundamental. Así, era conocida la doctrina que COVARRUVIAS (23) había divulgado acerca del pago de las deudas de dinero, el cual, siguiendo a BARTOLO en esta materia, establecía los principios siguientes:

1.º Cuando una obligación se contrajo sobre cierta especie de moneda no puede obligarse al acreedor a recibir ninguna otra si fuese de distinta materia. Tiene su apoyo en las leyes y en las costumbres.

2.º Tampoco se le puede obligar a recibir una moneda de diversa forma y caracteres, aunque sea de la misma materia y valor.

3.º Si la moneda pactada en el contrato se hubiese transformado intrínsecamente al llegar el momento del pago, ya en la materia, ya en el peso, se deberá pagar según su bondad al tiempo del contrato. FABRO opinaba lo contrario, porque la designación se había hecho por la autoridad; pero como desde el momento del cambio la moneda era distinta, parecía justo tomar por criterio el valor que tenía al celebrarse el pacto, lo mismo cuando sirviese de beneficio que cuando de perjuicio para el deudor al cambio realizado.

4.º Que cuando sin variar el peso ni la materia de la moneda, se modificase su valor extrínseco, éste sería a cargo del acreedor.

5.º Que, de todas maneras, esto se entiende en el caso de haber ocurrido antes de la mora, porque de otra manera la disminución de valor debería pesar sobre el deudor moroso.

6.º Que no deberían tomarse en cuenta las mutaciones variables y ligeras de la moneda.

7.º Que si, en previsión de las variaciones que pudiesen ocurrir, se hubiese consignado en el contrato la estimación de la moneda, a ella habría que atenerse.

8.º Que habiéndose dicho que se pagaría en cierta especie de moneda, se entendería no haberse estimado y, por consecuencia, se tomaría el valor que le correspondiese en el momento del pago.

9.º Que cuando se hubiese fijado la cantidad precisa de moneda, no había tampoco para qué entrar en la estimación, sino únicamente entregar lo que se hubiere pactado.

En este decálogo doctrinal de conclusiones se contiene ya todo un cuestionario respecto al pago de las deudas de dinero, que no es ajeno, y sí muy similar, a las cuestiones planteadas en nuestros días. Basta destacar los principios básicos que lo informan para comprobar cómo se debate una problemática que pretende alcanzar las mismas finalidades.

El respeto a la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación pecuniaria es tan fundamental como hoy. Otro principio esencial —que alterna con su contrario del valorismo, como sucede actualmente—, es el del nominalismo monetario (si «la designación se había hecho por la autoridad»), implícito en la naturaleza cuantitativa de la moneda, en cuanto unidades de medida patrimonial y como

(23) Cfr. MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 993.

objeto de pago; por lo que fijada una cierta cantidad de moneda, no tiene por qué entrarse en su estimación intrínseca o su valoración exterior, sino que es suficiente entregar aquella cantidad de moneda. Lo que aceptamos hoy como un principio de seguridad del tráfico jurídico y un modo de garantizarlo, ya se conocía entonces por la conclusión fundamentalmente aceptada de que las mutaciones variables y ligeras de la moneda no debía tomarse en cuenta, por lo que esta depreciación de la moneda suponía un riesgo que corría a cargo del acreedor (24). Ahora bien, como en nuestros días, las alteraciones graves y extraordinarias del valor de la moneda, ya por su revalorización o debido a su desvalorización (transformación intrínseca de materia y peso), se les aplicaba un criterio valorista, el del valor que tenía la moneda al tiempo de celebrarse el pacto, fuese el cambio en beneficio o perjuicio del deudor. Como consecuencia, de un modo similar al actual de las cláusulas de estabilización, toda previsión contractual por las partes, respecto a futuras variaciones consignando la estimación de la moneda, a ella habría que atenerse. Por último, como ahora ocurre, el deudor moroso ha de cargar con las consecuencias de las alteraciones monetarias.

Por otra parte, los codificadores civiles tenían reflejados algunos de estos principios fundamentales en el cuerpo de leyes más próximo y antecedente, la Novísima Recopilación. No sólo la experiencia histórica, sino el complejo de cuestiones político-económicas del siglo XIX que se habían planteado con la guerra de la Independencia, la circulación de monedas extranjeras, la aparición de la moneda fiduciaria y la entrada desde el exterior de capitales de inversión según vamos a examinar, también contribuyen a darnos una idea del cúmulo de cuestiones que se tenían presentes y que fueron conscientemente estimadas.

De aquí que, cuando se intente valorar y enjuiciar el pensamiento de nuestros codificadores y los resultados que se propusieron con la redacción del artículo 1.170 del Código civil, deben tenerse muy en cuenta las auténticas vicisitudes ocurridas durante el pasado siglo, tal como ha puesto al descubierto la propia historiografía económica española (25).

(24) En este sentido, la sentencia de 29 de octubre de 1895 reconocía que «tampoco le afecta el valor mayor o menor que dichas especies (monetarias) tengan en la época de su entrega siquiera esto entrañe un riesgo, porque sobre ser conocido de los contratantes, uno y otro lo corren por igual, como derivado de las oscilaciones propias del mercado».

(25) Cfr. SARDÁ, *La política monetaria y las fluctuaciones de la economía española en el siglo XIX*, Madrid, 1948; TALLADA, *El problema monetario español en el siglo XIX*, en *Moneda y Crédito*, 58 (1956), págs. 539 y siguientes; LLUIS Y NAVAS-BRUSI, *La administración de la moneda española durante la guerra de la Independencia*, Madrid, 1957; VICENS VIVES y LLORENS, *Industrials i politics del segle XIX*, Barcelona, 1958; LARRAZ, *La economía española en 1862*, Madrid, 1967; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *España hace un siglo: una economía dual*, Barcelona, 1968; SANZ GARCÍA, *La banca y los banqueros madrileños en el siglo XIX*, Madrid, 1967; TORTELLÁ CASARES, *El Banco de España entre 1829-1929*, en «*El Banco de España. Una histo-*

Hasta ahora ha solido partirse de premisas muy generalizadas para la interpretación del artículo 1.170 I, aludiéndose a que «no pudo él mismo prever los difíciles y trascendentales problemas que las circunstancias de nuestra época han hecho surgir en torno a las deudas de dinero» (26), o que «está redactado en un momento histórico en el cual no se plantean todavía como urgentes los problemas de índole económica a que más adelante dará lugar la devaluación monetaria y, consiguientemente, la convertibilidad o inconvertibilidad de una moneda fuerte en otra débil, o viceversa» (27).

Sin embargo, el siglo XIX español, tanto política como económicamente, es tan agitado y presenta un cuestionario de problemas tan complejos como los que han de ocurrir en nuestros días. La participación de España en las guerras contra Inglaterra y la lucha contra Napoleón, así como la intervención de las tropas portuguesas, darán lugar a una serie de consecuencias de interés para el pago de las deudas por el hecho de la circulación de monedas extranjeras (28) y por haberse iniciado ya la apertura de una deuda exterior (en concepto de «Deuda pública») (29).

Económicamente, los nuevos inventos mecánicos y la iniciación del proceso de modernización e industrialización conducirán a las inversiones de capitales extranjeros en España (29 bis). Desde el año 1840 comienzan a aparecer sociedades con tal cometido, como la «Sociedad de Puentes Colgantes», con un capital de tres millones de reales (30). En la década de 1850 al 1860 cobran ya gran importancia dichas inversiones de capitales extranjeros, concentrándose fundamentalmente en dos sectores principales: en el sector de la cons-

ria económica», Madrid, 1970, págs. 263 y sigs.; NADAL OLLER, *La economía española (1829-1931)*, en «El Banco de España», cit., págs. 317 y sigs.

(26) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral. III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 8.ª ed., Madrid, 1954, pág. 269 (10.ª ed., 1967, pág. 301).

(27) DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I (Madrid, 1966), pág. 435; ahora, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1970, página 469.

(28) El dinero extranjero llegó a circular con tal profusión, que hacia 1842 se calculaba alrededor de la mitad del numerario total y algo más de la mitad de toda la plata amonedada, cfr. SARDÁ, *op. cit.*, págs. 99 y 100; ZUMALACÁRREGUI, *El aspecto económico de 1848*. Discurso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1949.

(29) El total de la Deuda exterior a la muerte de Fernando VII se elevaba a más de 4.000 millones de reales y, en el año 1881, dicha deuda alcanzaba la cifra de 4.413 millones de pesetas, cfr. SARDÁ, *op. cit.*, págs. 255 y 261.

(29 bis) Cfr. VICENS VIVES, *Manual de historia económica de España*, Barcelona, 1959, pág. 647, que señala el año 1848 como el comienzo de una etapa de grandes inversiones extranjeras; SÁINZ MORENO, *Historia de las inversiones extranjeras en España (1814-1959)*, en *Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto*, XX-665 (1965), págs. 373 y sigs.

(30) Cfr. SARDÁ, *op. cit.*, pág. 267

trucción de ferrocarriles (31) y en el sector minero (32). En el sector de ferrocarriles hay una gran aportación de capitales extranjeros ingleses, franceses y belgas, especialmente. En el sector minero se produce una ola de inversión extranjera que parece terminarse alrededor del año 1881 habiendo dado lugar a que pasasen a manos extranjeras los principales yacimientos mineros españoles. En conjunto, lo que los capitalistas extranjeros han invertido en España hasta aquel momento parece elevarse, a juicio del profesor SARDÁ (32 bis), como mínimo, entre ferrocarriles y otras inversiones, hacia los dos mil millones de pesetas.

Otro acontecimiento económico de máxima importancia —todavía pendiente de resolución en nuestros días—, es el paso de un sistema monetario del patrón oro a otro fiduciario: junto a las monedas metálicas (de un sistema bimetalista oro y plata), aparecerán los billetes de Banco (33). Ahora bien, donde el avance realizado es evidente, y donde el planteamiento de los problemas monetarios se reflejará más, es en las nuevas ideas aplicadas por la Ley de 26 de junio de 1864: la lucha entre la vieja concepción metalista y el naciente nominalismo dará la victoria a este último. También, en el ámbito internacional, si España no logra una adhesión oficial a la «Convención Monetaria Latina» (instituida por Francia y seguida por Bélgica, Suiza e Italia), al menos, oficiosamente, adopta su sistema bimetalista y se pone al unísono con sus principios financieros, aunque de hecho se vaya a unilateralizar con el empleo casi exclusivo de la pl.a. España establece su organización monetaria con una unidad básica, la peseta (Decreto de 19 de octubre de 1868) —vigente hasta nuestros días materialmente (Ley de 18 de diciembre de 1946)—, y se pasa al sistema de Banco único de emisión (Decreto de 19 de marzo de 1874), todavía mantenido.

Los codificadores civiles, además de sus conocimientos históricos y de la experiencia vivida con todos estos acontecimientos, tenían ante sí una compilación legal, la Novísima Recopilación (33 bis), cuyos

(31) Cfr. VILLIAUME, *De l'Espagne et ses chemins de fer*. París, 1861; WEIS, *Origen de los ferrocarriles españoles*. Madrid, s. a.; SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *op. cit.*, págs. 23, 185 y 217. Las emisiones de obligaciones por las compañías de ferrocarriles emitidas con opciones de cambio y plaza darían lugar a situaciones conflictivas: así, sentencias de 29 de octubre de 1895 y 18 de marzo de 1929, cfr. nuestro estudio: «*La emisión de obligaciones con «opción de cambio» y con «opción de plaza» en la Jurisprudencia española»*, *cit. passim*.

(32) Cfr. SARDÁ, *op. cit.*, pág. 263; CAMPILLO, *Las inversiones extranjeras en España (1859-1956)*, Madrid, 1963; SÁNCHEZ RAMOS, *La economía siderúrgica española*. Madrid, 1945.

(32 bis) SARDÁ, *op. cit.*, págs. 267 y 141-142.

(33) Si en 1847 y 1848 el dinero fiduciario daba sus primeros pasos aún sobre bases precarias y aparecen las primeras crisis en 1876, el incremento es ya moderado al pasar a una circulación más rápida desde 1879. Entre 1892 y 1901 la circulación fiduciaria aumenta de 800 millones de pesetas a 1.600, cfr. SARDÁ, *op. cit.*, págs. 96, 190 y 213.

(33 bis) Cfr. BONET CORREA, *Recopilación de las leyes de España (La Nueva y Novísima)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, XIV (Torino, 1967), página 1074.

principios y preceptos tomaban muy en cuenta el pago de las deudas de dinero.

Conforme a un arraigado y tradicional espíritu del ordenamiento jurídico español, la Novísima Recopilación mantiene el principio de autonomía de la voluntad de las partes contratantes y de una manera concreta para el pago de las deudas pecuniarias. En la Ley 6.^a, título XXI, del libro V, se concede la libertad de poder pagar en cualquier clase de moneda. Conforme a lo que tenía dicho el Consejo de Sevilla en uno de sus fallos, el contrato es ley, y si se convenía pagar en cierta especie de moneda, así debía hacerse. Por tanto, en la Ley 18, del título I, del libro X de la Novísima Recopilación se concreta que «en letras de cambio, y remesas de dinero, u otro cualquier género de contrataciones, les sea lícito y permitido a los contrayentes el hacerlo especificando el valor de las monedas; y que se haya de observar invariablemente en lo que las partes se convinieren, siguiendo en todo la ley de los contratos».

Ahora bien, en defecto de pacto y dentro de las concepción metalista que aún se mantenía en la primera mitad de la época decimonónica, ya se ve confirmado un implícito nominalismo, donde prevalece el valor de autoridad o impuesto, que se consolida legalmente. De aquí que a continuación, aparezca la Ley 19, del título I, del libro X, añadiendo que: «Las obligaciones y contratos que se hubieren hecho con obligación de pagar en plata, se pueden satisfacer con la moneda que hoy está labrada, y con la que de nuevo se ha de labrar conforme al valor que por esta pragmática se da a la dicha moneda de plata».

En la primera mitad del siglo XIX la crisis deflacionista fue muy intensa por lo que se intentó remediar a base de la devaluación de la plata. Como advierte SARDÁ (34), las ideas aplicadas por la Ley bancaria de 1856 y la Ley monetaria de 1864 representan un avance del nominalismo en las concepciones monetarias con efectos beneficiosos. En el Decreto de 23 de marzo de 1869 (35), por el que se mantenía la equivalencia legal de las monedas acuñadas anteriormente, en su parte expositiva, el Ministro de finanzas ya revela cómo «en la mayoría de las transacciones interiores del país no se toman en cuenta los elementos físicos de los instrumentos de cambio, sino que más bien se atiende a su valor nominal o impositivo»; es decir, que había una clara conciencia del predominio del valor nominal de la moneda sobre el valor intrínseco del metal que la componía.

Sólo en los casos en que existieran cláusulas precisas y concretas de resolver una obligación a base de cantidades de metal o de una moneda concreta se admitía el aplicar una tabla de equivalencias entre el sistema de 1864 y el de 1868 (36). Además, la Orden de 23 de marzo

(34) SARDÁ, *op. cit.*, págs. 109, 126 y 137.

(35) *Gaceta* del 26 de marzo de 1869.

(36) El que después será uno de los más ilustres codificadores, ALONSO MARTÍNEZ, propone el restablecimiento del sistema de 1864 (Ley monetaria del 26 de junio), que había creado como unidad básica el escudo de plata,

de 1869, en su artículo 2.º disponía que cuando se hubiese estipulado algún pago en moneda extranjera se pagase valiéndose materialmente de moneda del Estado a que se refería el acuerdo, o bien en moneda nacional al cambio corriente el día de pago (37). Las cuestiones de convertibilidad de las monedas nacionales y extranjeras era una cuestión tan de actualidad como hoy; el legislador civil en su codificación, no era ajeno a esta realidad.

En pocos años, desde 1883, se produce la desaparición casi total de las existencias de oro españolas y la sustitución de su circulación por billetes de Banco, que se va consolidando como el medio de pago más generalizado (38); desde este mismo año se suspende la convertibilidad del billete en oro. También en esta época aparece otro fenómeno: la baja del cambio de la peseta. En 1881 comienza una ligera alza en los cambios extranjeros y la peseta inicia su depreciación (39).

El comienzo de la crisis en los medios de cambio españoles se conecta con la paralización de las inversiones extranjeras en España, que ha de tener caracteres más graves en la década posterior, de 1890 a 1900 (40). El incremento de la circulación fiduciaria se halla estrechamente ligado con la política presupuestaria, en opinión del profesor SARDÁ (41), puesto que el ligamen entre la Hacienda y el Banco de España se hace más estrecho desde el año 1887, al establecerse un convenio provisional para el servicio de Tesorería, al quedar centralizados en el Banco todos los fondos del Estado (42).

equivalente a 10 reales, siendo sus ideas inspiradas en criterios de autoridad en cuanto al valor de la moneda, o sea, en un nominalismo, cfr. SARDÁ, *op. cit.*, págs. 137 y 160. ALONSO MARTÍNEZ también fue presidente de la Sociedad «Crédito Mobiliario Español» desde 1868 hasta 1890, excepto los años 1881 a 1882 y 1885 a 1888, por ser ministro de Gracia y Justicia, cfr. SÁNCHEZ-ALBORNOZ, *De los orígenes del capital financiero: El Crédito Mobiliario Español, 1856-1902*, ahora en «España hace un siglo: una economía dual», Barcelona, 1968, págs. 192 y 193.

(37) Anteriormente, el Real Decreto de 19 de octubre de 1868, en su artículo 12, ya disponía: «El Gobierno queda facultado para autorizar la admisión en Cajas públicas y la circulación legal en todos los dominios españoles de las monedas de oro y plata acuñadas en países extranjeros, siempre y cuando tengan peso igual o exactamente proporcional, la misma ley y condiciones que sean admitidas recíprocamente las nacionales en aquellos países. La circulación recíproca de las monedas nacionales y extranjeras será objeto de tratados especiales con las potencias respectivas».

(38) Cfr. SARDÁ, *op. cit.*, págs. 195 y sigs.

(39) Una repercusión de esta depreciación en cuanto a los pagos debidos al extranjero (intereses, amortizaciones, etc.), ocasionaría conflictos litigiosos, cfr. sentencia de 29 de octubre de 1895.

(40) Cfr. FERNÁNDEZ VILLAVERDE, *La cuestión monetaria*, Madrid, 1890; SARDÁ, *op. cit.*, págs. 203 y sigs.

(41) SARDÁ, *op. cit.*, págs. 207 y sigs.

(42) Cfr. PARET, *El Estado y el Banco de España* Madrid, 1921; GAVARRIATO, *El Banco de España. Constitución, historia, vicisitudes y principales episodios en el primer siglo de su existencia*, Madrid, 1932; LARRAZ, *Acto conmemorativo del centenario de la Ley de 28 de enero de 1856, que confirmó el establecimiento de su actual nombre de Banco de España*, Madrid, 1956; SARDÁ, *El Banco de España (1931-1962)*, en «El Banco de España. Una

Resulta, pues, que nuestros codificadores civiles tuvieron ante sí un panorama con una problemática monetaria tan compleja como la actual, si bien sus circunstancias diversas tenían la peculiaridad propia, pero con unas cuestiones de fondo muy semejantes. Si las guerras y los ejércitos extranjeros trajeron sus monedas al ámbito nacional, si hubo necesidad de pagos por Deuda pública e inversiones de capitales, si se planteaban las cuestiones de su retorno, si ya aparece y se extiende el dinero fiduciario o billetes de Banco junto a las monedas metálicas de oro y plata, vemos que tan sólo quedaba fuera de su experiencia el fenómeno de la depreciación de la peseta, el cual surge muy coetáneamente y se aprecia en años posteriores.

Por tanto, resulta completamente errónea la opinión de los autores que actualmente pretenden reducir, precisamente desde un enfoque histórico, la interpretación del artículo 1.170 I, a una sola clase de deuda de dinero, la llamada «deuda de especie monetaria» (43), o cuando se intenta argumentar que la «especie pactada» debe de reducirse interpretativamente tan sólo a las diferentes piezas metálicas del ordenamiento jurídico español, sin consideración a las extranjeras (44).

3. *El ámbito interpretativo del artículo 1.170 I del Código civil en cuanto al pago de las deudas de dinero.*

Si el alcance interpretativo del artículo 1.170 I quedase reducido, como pretenden estos autores, o, incluso, resultase parcialmente derogado, como proclaman otros (45), estaríamos antes una importante laguna normativa en una de las materias más necesarias de la vida negocial, cual es el pago de las deudas de dinero. Sin embargo, y a pesar de la supresión temporal de las monedas de oro y plata (46) y de la circulación forzosa de los billetes del Banco de España, en cuanto medios inexcusables de pago, así como la adopción de un régimen de control de cambios, los principios que rigen el pago de las deudas de dinero no se han alterado sustancialmente, a pesar de que haya sufrido una relativa limitación la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la posibilidad de elección de la especie monetaria, en particular respecto a la divisas, para las cuales el particular tan sólo habrá de contar con una «autorización» de su centro

historia económica», Madrid, 1970, págs. 421 y sigs.; PÉREZ DE ARMIÑÁN, *op. cit. ant.*, pág. 501.

(43) GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, pág. 81

(44) Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil, cit.*, I, pág. 435 y *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, cit.*, pág. 469, donde ya rectifica en parte.

(45) Como «derogado en cuanto al pago en moneda oro o plata», cfr. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado. II. Parte general*, 3.^a ed., Madrid, 1963, pág. 255.

(46) Monedas de oro de curso legal todavía no han sido incorporadas al tráfico, pero sí las de plata, cfr. Ley de 18 de diciembre de 1946 y Ley de 18 de marzo de 1966, que las pone en circulación.

controlador (Instituto Español de Moneda Extranjera) (47), si ha de poseerlas o realizar con ellas sus pagos.

Que nuestros codificadores no hayan mencionado en el artículo 1.170 I la palabra «cantidad» o «suma», y sólo se refieran genéricamente al «pago de las deudas de dinero», no puede hacernos pensar, con el profesor GARRIGUES, que el legislador civil excluía de su ámbito las deudas pecuniarias, o deudas de una suma, o de cantidad de dinero. Dentro del ámbito interpretativo, la referencia general a «el pago de las deudas de dinero», y la ausencia concreta de la palabra «cantidad», carece para este caso concreto de las más mínimas consecuencias. El legislador, como el intérprete, al referirse a las deudas de dinero, es indudable que han querido comprender todas ellas, bastándole y siéndole suficiente enunciarlas de este modo genérico, puesto que no se concibe —y sería contrario a su propia naturaleza—, que una deuda de dinero no implicase siempre la deuda de una cantidad o de una suma, tanto si el dinero debe entrar como objeto inmediato de una prestación —*in obligatione*— (las deudas pecuniarias o las deudas en moneda específica), o, incluso, cuando deba entregarse dinero como una consecuencia final —*in solutione*— de una deuda de valor, cuya prestación se resuelve también por un pago en dinero.

Las deudas de dinero, ya sean en su modalidad de deudas en moneda específica, o en moneda de curso legal, siempre suponen una entrega de suma o cantidad (48); incluso, en las deudas de valor, su solución final, se expresa en una cantidad de dinero. Cuestión distinta es la modalidad de cálculo que las partes pactan respecto a la cuantía o suma de dinero a pagar, o cuando se deriva de la especial naturaleza de la deuda (necesaria o legal), en la relación jurídica a extinguir.

Los pensadores modernos recordarán que «*pecunia est mensura rerum, non est merx*» (49), ya en base a los textos del «Corpus Juris Civilis», donde los jurisconsultos romanos, en materia de dinero también proclamaban: «*In pecunia, non corpora quis cogitat, sed quantitatem*» (50) y «*eaque materia forma publica percusa; usum, dominumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate*» (51).

(47) En mis estudios: «*El control de cambios y las obligaciones monetarias*», Madrid-Roma, 1967, y «*Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa*», en *Anuario de Derecho Civil*, XXIV-1 (1971), p. 149 ss.

(48) Como muy bien dice el profesor HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), pág. 353, «habida cuenta de que la deuda de dinero para serlo, requiere una determinación de la cantidad, pagar, sin más, en la especie pactada o en la moneda de curso legal, equivale a pagar la suma numéricamente expresada en la especie o en la moneda de curso legal».

(49) SURDUS, *Tractatus de Alimentis*, Lugduni, 1602, págs. 75 y 76. Ya VOET sostiene que el uso y dominio del dinero se ha de tomar, no de su sustancia, sino de su cantidad y valor público; que lo que verdaderamente se recibe y debe es la cantidad, no los cuerpos y la especie de moneda.

(50) D.46,3.94 l.

(51) D.18,1.1,pr.

Tanto nuestro legislador civil, como sus inmediatos antecesores (52), no sólo mencionan esta tradición, sino que contemplan comparativamente los Códigos civiles extranjeros en los que ya el nominalismo monetario late y se ha enunciado e impuesto como una realidad actuante en cuanto *valor impositus*, o valor legalmente dado a la moneda por el Soberano (53). De aquí que, al redactar el texto del artículo 1.170 del Código civil y plantearse el pago de las deudas de dinero, los codificadores no se hayan dedicado a definirlos o a enumerar sus clases, sino a precisar la moneda con que deben llevarse a cabo. Por eso, cuando el legislador se refiere al «pago de las deudas de dinero» no lo hace en cuanto a una determinada modalidad específica o concreta, sino respecto a todas las posibilidades o maneras de pagar en dinero. Por tanto, cualquier deuda de dinero se incluye en esta norma y se extingue pagando, bien en la moneda pactada, o, en último caso, ante una imposibilidad, en la moneda de curso legal en España, que es la «usual o corriente» según se decía en los proyectos de Código antecedentes (de 1851 y otros) (54).

El artículo 1.170 I, pues, no se refiere sólo al supuesto de una deuda de especie monetaria (55), sino que los abarca en su totalidad, siempre que se trate de un pago en dinero. El codificador civil fue consciente del empleo de la idea de «dinero» como categoría universal que implica una serie de especies monetarias, las que pueden formar una diversa gama de obligaciones o deudas que se pueden contraer de una manera genérica, sin otra referencia que a la cantidad de la moneda de curso legal del país en que debe hacerse el pago, o bien pudiendo concretar, además de su cantidad, la especie de moneda, metálica o de papel, nacional o extranjera. Que así lo entendía el legislador lo demuestra el empleo que hace, dentro del artículo 1.170 I, de tres categorías: «dinero» «especie pactada» y «moneda de curso legal».

Resulta necesario evitar el equívoco de quienes creen que en el artículo 1.170 I hay un concepto del dinero en sentido estricto (56), o bien que se limita a una hipótesis académica concretada en una

(52) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III (Madrid, 1852), págs. 124 y sigs.; SÁNCHEZ DE MOLINA, *El Derecho civil español (en forma de Código)*, Madrid, 1871, pág. 274.

(53) Así, los Códigos civiles francés (art. 1.895), napolitano (art. 1.767), holandés (art. 1.793), prusiano (tít. XI, parte 1.^a), luisiana (art. 2.884) y de Vaud (art. 1.379); también, el artículo 1.240 del Anteproyecto belga, cfr. LAURENT, *Avant-Projet de révision du Code civil*, Bruxelles, 1882-1885.

(54) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*. Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1965.

(55) GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 77. En cambio, entiende en el artículo 1.170 I, incluidas ambas clases de deudas dinerarias HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, pág. 191.

(56) PÉREZ-GONZÁLEZ y ALGUER, en *Notas a ENNECERUS, KIPP, WOLFF, Tratado de Derecho civil*, trad. esp., I-1, pág. 565 y II-1, pág. 39, seguidos por BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil. I. Parte general*, Madrid, 1959, pág. 586, y ESPÍN, *Manual de Derecho civil español. III. Obligaciones y contratos*, 3.^a ed., Madrid, 1970, pág. 68.

deuda de especie monetaria referida, precisamente a la moneda metálica (57), y, más específicamente, a las diversas piezas metálicas del ordenamiento monetario español (58).

Tales interpretaciones, además de ser contrarias a la *ratio scripta* del propio artículo, están en completa oposición a los antecedentes precodificadores, tal como consta en los Proyectos de Código civil de GARCÍA GOYENA (art. 1.096) (59) y de SÁNCHEZ DE MOLINA (artículo 1.443) (60), donde la «especie pactada» se entiende genéricamente como «especie de moneda» o «monedas», sin que se haga ninguna referencia concreta a su modalidad metálica o de papel, como tampoco a la exclusividad de su ámbito local.

No se puede desconocer que durante el siglo XIX, según queda expuesto, las monedas ya no son solamente metálicas (de oro y plata), sino también fiduciarias, o de papel, como el billete de Banco, que si bien todavía no cuenta con curso forzoso, sí se emplea como dinero para los pagos cuando las partes lo convienen o aceptan (61). Excluir de la interpretación de «especie pactada» la posibilidad de inclusión del billete de Banco sería desconocer tanto la realidad de una época concreta, como ir contra el alcance del contexto gramatical del propio artículo 1.170 I y de sus principios de general aplicación que contiene respecto al pago (62).

Además, la *ratio scripta* del propio párrafo primero conduce, por contraposición, a que el legislador contemple otras hipótesis, pues, al prever que «no siendo posible entregar la especie» pactada, y concluir que deberá hacerse en la moneda «que tenga curso legal en España», obliga a deducir que también la moneda extranjera es una especie que resulta incluida en su ámbito de aplicación cuando se utilice como medio de pago, ya dentro o fuera de la comunidad española. El no haberse limitado el codificador a decirnos que el pago había de hacerse en una moneda simplemente de curso legal, sino de «curso legal en España», quiere decir que la pactada pudo ser otra que no fuera de curso legal en nuestra patria, o sea, extranjera.

Por lo demás, esta es la interpretación inicial y contemporánea de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en cuanto al ámbito de aplicación del artículo 1.170 I del Código civil. Desde un

(57) GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 81, nota 39.

(58) Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 435.

(59) GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 124.

(60) SÁNCHEZ DE MOLINA, *op. cit.*, pág. 274.

(61) El Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de diciembre de 1876, efectivamente reconocía que los billetes de Banco no son moneda corriente en la acepción legal ni aún usual de la palabra y, por consiguiente, su aceptación no es forzosa a no ser que se hubiese estipulado por las partes contratantes, lo cual confirma rotundamente que sí lo podían ser en cuanto especie pactada.

(62) Para PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español, IV-1. Obligaciones y contratos. Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1946, página 170, el artículo 1.170 contiene el principio de autonomía de la voluntad, que habla sin limitación de «especie pactada».

principio, como sucede en la sentencia de 29 de octubre de 1895, se entiende que el derecho concedido al comprador de hacer el pago en distintos lugares y clases de moneda, constituye un pacto lícito» (63). Igualmente, la sentencia de 12 de enero de 1923, consideraba la devolución de una cantidad en marcos alemanes, si bien, al estar completamente depreciados, consideraba que no son de rigor en cuanto especie pactada en los contratos celebrados, por lo que se hace preciso sustituirlos por moneda de oro o plata que tenga curso legal en España, como exige el artículo 1.170 del Código civil (64). También, la sentencia de 18 de marzo de 1929 contempla otro caso donde la «cantidad pactada» lo fue en marcos alemanes (65); del mismo modo, la sentencia de 3 de julio de 1936, respecto a otro precio pactado en marcos, no estimaba violado el artículo 1.170 del Código civil (66); tampoco la sentencia de 31 de mayo de 1954 consideraba infringido el artículo 1.170 del Código civil porque no se invocase en la demanda pacto alguno sobre la clase de moneda en que debían satisfacerse unas comisiones, si bien el precio de las ventas en que intervino como comisionista se pagó en dólares (67). La sentencia de 8 de junio de 1963 trata un caso en la que se da la imposibilidad legal de adquirir en el intercambio monetario la moneda o especie pactada (dólares), por lo que se trata de establecer su equivalencia en pesetas (68). Por último, de una manera precisa el Tribunal Supremo interpreta la «especie pactada» como la realizada en moneda extranjera en la sentencia de 6 de abril de 1963 (69), y declara que «no afecta a la validez del contrato el hecho de pactarse el pago en moneda distinta de la de curso legal en España», tratándose de un pago en marcos alemanes, pues concluía, «si no es posible hacer el pago en la moneda pactada, por no haber obtenido la autorización o por otra causa, deberá hacerse en la moneda de curso legal en España, en virtud del artículo 1.170 del Código civil».

En conclusión, si el artículo 1.170 I del Código civil comprende el pago de todas las deudas de dinero y establece las normas generales respecto a las monedas con que debe hacerse, en cambio, quedan por aclarar cuáles son los tipos o modalidades en que se concretan dichas deudas de dinero, al no establecer su clasificación. En cuanto a este aspecto, el legislador prefirió acomodar preceptos particulares

(63) En este caso concreto, las clases de moneda eran el franco francés y la peseta española, que se había pactado para el pago de los intereses y amortizaciones de la emisión de unas obligaciones, cfr. BONET CORREA, *La emisión de obligaciones con «opción de cambio» y con «opción desplaza» en la Jurisprudencia española*, en *Anuario de Derecho Civil*, XXIII-2 (1970), páginas 299 y sigs.

(64) ALCUBILLA, Apéndice de 1924, pág. 619.

(65) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XVIII (1931), pág. 240.

(66) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia* (1936), n.º 1.619.

(67) *Jurisprudencia Civil del Ministerio de Justicia*. Publicación oficial, XLVI (1957), págs. 1468 y sigs.

(68) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia* (1963), n.º 3.323.

(69) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia* (1963), n.º 2.204.

para cada figura sin aventurarse a establecer unas normas genéricas, donde las dificultades del empeño eran evidentes ante la gran diversidad y complejidad que presenta la vida negocial. Según queda visto, no es lo mismo que se trate de deudas de dinero en las que su prestación consiste, inicial y conclusivamente, una cantidad de moneda (especificada o de curso legal) (70), que aquellas otras donde la cantidad de dinero (nacional o extranjero), es debida no inicialmente, sino como resultado o concreción de una deuda de valor (una indemnización, artículo 1.150 del Código civil; un legado de alimentos, artículo 879, III y IV, del Código civil; una legítima, artículo 1.056 II del Código civil). La diversa naturaleza jurídica de todas estas figuras, con sus propias reglas y matices, inclinaron al legislador a regularlas dentro de su propio ámbito normativo.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia han realizado una labor de sistematización en la que las deudas u obligaciones de dinero se agrupan en tres modalidades: a) las obligaciones pecuniarias, o deudas de una cantidad de dinero en moneda de curso legal; b) las deudas en moneda específica, o deudas de una cantidad de dinero en moneda nacional o extranjera; c) las deudas de valor, u obligaciones determinadas por referencia a un criterio o circunstancia valorativa, pero cuya cuantía obtenida se paga en dinero.

Dejamos para más adelante el estudio concreto de cada una de estas figuras, puesto que ahora nos alejaría de las cuestiones interpretativas fundamentales planteadas en el artículo 1.170 I del Código civil.

4. *La imposibilidad de entregar la especie pactada como causa de convertibilidad de las monedas.*

Otra de las cuestiones interpretativas fundamentales que plantea al artículo 1.170 I del Código civil, es la referente al caso en que el deudor se encuentre ante la imposibilidad de entregar la especie monetaria pactada.

Puesto que en la circulación dineraria existen especies monetarias diferentes, bien porque lo sean de la comunidad nacional en que circulan, ya porque pertenezcan a otra extranjera, el legislador no ha dejado de considerar la posible elección de las partes en sus negocios jurídicos reconociendo al mismo tiempo para este ámbito uno de los principios más fundamentales del Derecho privado, y del Derecho en general, cual es el de la autonomía de la voluntad (ar. 1.091 del Código civil).

En virtud de este principio, creemos, pues, que la interpretación de lo que deba entenderse por «especie pactada» no puede plantear una cuestión de límites y exclusividad en cuanto a las especies mone-

(70) Artículos 1.170, 1.108, 1.160, 1.196 II, 1.211 del Código civil acerca del pago de «una cantidad de dinero»; artículos 1.445, 1.543, 1.544, 1.791 del Código civil sobre «un precio cierto en dinero» y artículo 1.753 del Código civil en cuanto a «otro tanto» que se ha de devolver.

tarias nacionales, tanto por la universalidad de este principio de libertad contractual reconocido a las partes, como por los dilatados márgenes del tráfico negocial cuando los contratantes lo sean de distinta nacionalidad, o sus operaciones trasciendan por encima de las fronteras.

Tanto en el siglo pasado como en el actual, el hecho de la circulación de monedas extranjeras en nuestra comunidad de pagos es tan evidente como frecuente, por lo que el legislador no podía menos de abordarlo; de aquí que la referencia a la «especie pactada» de dinero —y no de monedas— sea su expresión más genérica y amplia conforme al pago de todas las «deudas de dinero» (art. 1.170 I Código civil). Esta circulación de dinero procedente de diversas comunidades nacionales, plantea la cuestión de la convertibilidad de las monedas, de su sustitución de unas por otras, que deberá llevarse a cabo mediante una operación de cálculo aritmético entre sus valores nominativos o comerciales. Desde varios siglos, la convertibilidad de las monedas venía siendo una cuestión práctica, sobre todo a partir del intenso tráfico de los comerciantes de los Países Bajos de Europa (71) y de los mercaderes del área meridional europea (72), que para España alcanzará una etapa intensa con el descubrimiento de América (73).

Las operaciones de cambio y convertibilidad de las monedas, que comenzó siendo voluntaria o pactada, concluye por ser necesaria o impuesta en determinadas situaciones y relaciones jurídicas, como ocurre para los casos de imposibilidad de entregar la especie pactada, ya que las obligaciones, o deudas de dinero, son imperecederas por ser el dinero un *genus* que siempre existe en el comercio y tráfico jurídico. A este respecto, ya SCACCIA (74) recuerda el brocardo «*genus nunquam perit*», aceptado universalmente por todas las codificaciones (75) y por la doctrina contemporánea (76).

(71) Cfr. NUSSBAUM, *Teoría jurídica del dinero*, trad. esp. de SANCHO SERAL, Madrid, 1924.

(72) Cfr. ASCARELLI, *Premesse di storia dogmatica alla teoria giuridica della moneta*, ahora en *Studi giuridici sulla moneta*, Milano, 1952, págs. 33 y sigs.

(73) Las últimas investigaciones son de VAN KLAVEREN, *Europäische Wirtschaftsgeschichte Spaniens in 16. und 17. Jahrhundert*, Stuttgart, 1960; VILAR, *Crecimiento y desarrollo. Economía e Historia. Reflexiones sobre el caso español*, trad. esp., Barcelona, 1964; CARANDE, *Los caminos del oro y de la plata. Deuda exterior y tesoros ultramarinos*, Madrid, 1967.

(74) SCACCIA, § 2, glosa 3, nota 115, manifestaba que era una «*generalis consuetudo totius mundi*», cfr. ASCARELLI, *Rattifica in tema di perimento di moneta*, en *Il Foro Italiano*, IV (1953), pág. 64.

(75) Una aplicación del principio de que el género jamás perece, tratándose de dinero, es la admisión legal de su convertibilidad por los Códigos civiles; así, en el Código civil alemán (§ 244, II), el Código civil griego (artículo 291), el Código de comercio portugués (art. 315), el Código de las obligaciones suizo (art. 84, II), el Código civil italiano (art. 1.278), el Código civil brasileño (art. 947, II), la Ley Uniforme sobre letras de cambio (art. 41).

(76) Cfr. NUSSBAUM, *Money in the Law National and International. A Comparative Study in the Borderline of Law and Economics*, Brooklyn,

El fenómeno de convertibilidad monetaria, en su versión más actual, no fue ajeno a nuestros codificadores civiles, pues ya la Orden de 23 de marzo de 1869, en su artículo 2.º, disponía al respecto que «cuando se hubiese estipulado algún pago en moneda extranjera, se pagase valiéndose materialmente de moneda del Estado a que se refería el acuerdo, o bien en moneda nacional al cambio corriente el día de pago». Una norma tan especificada, que reflejaba la posibilidad de elección de una moneda extranjera y el resultado de su conversión en moneda nacional era un antecedente que no pudo menos de tenerse en cuenta a la hora de la redacción del artículo 1.170 I del Código civil. Ahora bien, el artículo 1.170 debía de referirse a todas las deudas de dinero, sin concretarse a una determinada; de ahí su ámbito de aplicación más generalizado, a una «especie pactada», en la que la moneda extranjera es una de ellas, y a la moneda de «curso legal» en España, que también puede ser otra moneda que no sea tan sólo la nacional.

Así, pues, salvo que las partes lo acuerden, o consientan, el proceso de convertibilidad dineraria tiene su causa ante la imposibilidad de entregar la especie pactada. Esta imposibilidad nunca puede entenderse como subjetiva, o sea, la procedente de motivos personales del deudor, de su incapacidad o insuficiencia de medios de pago, ya que la insolvencia del deudor no es jamás causa de su liberación. Por tanto, es indudable que el artículo 1.170 I del Código civil se refiere a una imposibilidad objetiva, es decir, la que proviene de causas externas, materiales o legales. Con el profesor HERNÁNDEZ-GIL (77), podemos decir que esta imposibilidad puede proceder: de la falta material de existencia de monedas de la especie pactada en el momento del pago (desaparición de la circulación) (78); de disposiciones legales que ordenan la retirada de la circulación de las monedas pactadas (78 bis); o que, tratándose de moneda extranjera, la reglamentación de control de cambios no autorice su disposición (79). Sólo ante estas

1950, pág. 469; CHESHIRE y FIFOOT, *The Law of Contract*, 4.ª ed., London, 1956, págs. 477 y 481; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, Art. 1.277-1.284, Bologna-Roma, 1959, pág. 349, en relación con el perecimiento de moneda; MANN, *Das Recht des Geldes*, Frankfurt am Main-Berlin, 1960, página 59, en relación con la indestructibilidad de las deudas de dinero. Entre nosotros, BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, pág. 226.

(77) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 413.

(78) Por ejemplo, el pacto de moneda de oro española.

(78 bis) Así ocurre durante un cierto período (1936-1966), en el que la moneda de plata queda privada de curso legal (Ley de 20 de enero de 1939).

(79) Ante las medidas dispositivas de la reglamentación de cambios, todavía cabe distinguir que la causa de la denegación al deudor peticionario de una autorización para obtener divisas pueda suponer una imposibilidad subjetiva, cuando en base a su propio comportamiento negligente (no adoptar ni cumplir los requisitos de la legislación de control de cambios), o simulado, y cubriendo formalmente las apariencias en cuanto a las exigencias formales de petición de divisas, él, en realidad, actúa de mala fe al omitir los verdaderos requisitos justificativos de la petición que, ciertamente no

causas, al deudor se le exime de no entregar la especie pactada y de que el proceso de conversión tenga eficacia y sea la moneda de curso legal del lugar del cumplimiento la que deba pagarse, pues, de no ser así, en todo caso está obligado a procurarse la moneda pactada con la que deberá realizar su pago.

El artículo 1.170 I del Código civil no establece una opción para el deudor, según la cual pueda elegir una u otra moneda (la pactada o la de curso legal), por lo que no se trata de una *facultas solutionis* en cuanto al pago, como ha podido pensarse (80), sino que es una consecuencia normativa de carácter dispositivo por la que se establece un rango necesario (conforme a criterios de equidad y seguridad del tráfico), para el cumplimiento o pago de las diferentes modalidades de deudas de dinero. A no ser por tolerancia, o consentimiento tácito del acreedor no puede pensarse que el deudor tenga una opción, o *facultas solutionis*, ya que pondríamos unilateralmente en sus manos el instrumento que favoreciera sus fraudes o mala fe, pudiendo decidir la conveniencia de pagar en una u otra moneda, eximiéndose y quedando a su arbitrio los compromisos anteriores, contravieniendo el principio *pacta sunt servanda* (art. 1.091 del Código civil).

El procedimiento de convertibilidad de las monedas, y su proclamación como un principio de carácter universal (81), tiene su fundamento en la peculiar naturaleza del dinero, al ser una unidad

pretende, si no es tan sólo para lograr un efecto aparente de no imputación subjetiva por su parte y hacerla recaer en causas externas u objetivas, incluso que se piense en el «fait du prince», sobre el que pueda apoyar no sólo una imposibilidad de pago de las divisas pactadas, sino, incluso, sus pretensiones de exoneración total de la deuda por fuerza mayor. Esta modalidad de fraude, practicada por ciertos deudores, puesta en evidencia en el caso de la «Barcelona Traction», olvidaba que el género dinero existe siempre, y, cuando se trata de una moneda especificada, si se hace imposible, en base a la *lex loci solutionis*, el pago se efectuará en la moneda local mediante la posibilidad que facilita la convertibilidad de las monedas, cfr. RODRÍGUEZ SASTRE, *Las obligaciones en moneda extranjera. La doctrina de «clean hands»*, Madrid, 1968. También en nuestro estudio, *El control de cambios y las obligaciones monetarias*, Madrid-Roma, 1967, hemos puesto de relieve cómo nuestra jurisprudencia abordó ciertos casos en los que era evidente la mala fe de los deudores al invocar la nulidad de sus contratos basándose en el artículo 4.º del Código civil, por la actuación en contrario del acreedor respecto a la reglamentación de cambios; también, el Tribunal Supremo ha deslindado la validez de la relación contractual del ilícito penal, al caracterizar la autorización administrativa del Instituto Español de Moneda Extranjera como un simple «medio de vigilancia» (sentencias de 8 de julio de 1936, 3 de octubre de 1957 y 8 de abril de 1958), salvo si la intención de las partes tuvo por finalidad vulnerar la prohibición impuesta o defraudar los intereses públicos del Estado (sentencia de 6 de abril de 1963).

(80) DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil, etc.*, I, pág. 437, y *Fundamentos de Derecho civil patrimonial, cit.*, pág. 471.

(81) Un buen estudio comparativo de los derechos anglosajones y continentales europeos en DACH, *Conversion of Foreign Money. A Comparative Study of Changing Rules*, en *The American Journal of Comparative Law*, 3 (1954), págs. 155 y sigs.; COHN, *Conversion of foreign money obligations maturing during war*, en *Georgetown Law Journal*, 50 (1962), págs. 513 y sigs.

de medida de valor en el ámbito patrimonial, que se concreta en un poder abstracto, realmente simbolizado o representado en las piezas monetarias, en cuanto fracciones de aquella unidad de medida, que desempeñan su función de instrumento de cambio y objeto de pago en una comunidad concreta. De este modo, aunque las monedas sean de diferente acuñación dentro de un mismo sistema monetario, o ya pertenezcan a otra comunidad ajena de pagos, nunca se dan o se reciben por lo que son materialmente en sí (de metal, papel o mera escrituración), sino por lo que representan como dinero en cuanto instrumentos de mediación en el tráfico negocial.

Las monedas, en cuanto dinero, al contener un poder patrimonial abstracto y quedar relegada su condición física a una mera idoneidad vinculativa con el sistema monetario en que vienen encuadradas, el pacto establecido por las partes respecto a su especie no desnaturaliza la obligación pecuniaria, por lo que no resultan prestaciones de una obligación específica. Por tanto, ni existe una transformación de la deuda en otra (82), ni variabilidad (83), ni mucho menos crea una *datio in solutum*, como ha podido creerse (84). La convertibilidad de las monedas, actualmente, tiene su fundamento, además, por tratarse de una conversión material legal (84 bis).

La conversión monetaria es sólo un proceso de cálculo cuantitativo entre los valores de cada moneda o entre sus poderes adquisitivos que, normalmente vienen previamente establecidos institucionalmente (Banco Mundial, Bolsas, etc.), por lo que es el resultado de una simple operación aritmética o contable entre dos cantidades con carácter de liquidez.

El artículo 1.170 I del Código civil ha recogido y aplicado el principio de convertibilidad de las monedas, al establecer cuál es la moneda en que debe ser convertida la especie pactada —en caso de imposibilidad—, designando, en definitiva, la moneda que tenga curso legal en España. En cambio, se advierte una laguna importante en el régimen civil español de pagos (85), lo mismo que cuando

(82) Así lo entienden, GARRIGUES, *Contratos bancarios*, cit., pág. 76, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil. 1-2. Derecho general de las obligaciones*, Barcelona, 1959, pág. 327.

(83) En este sentido, MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 996.

(84) Como supone DE DIEGO, *Apuntes de Derecho civil español común y foral*. Segundo curso, 1909-10. Cuaderno 1, Madrid, pág. 70.

(84 bis) La Ley de 14 de mayo 1948 dispone la obligación de ceder al Estado las divisas y valores a los cambios vigentes en el día que tuviera lugar la operación (art. 3.º). El Reglamento notarial (art. 177) también dispone que «el precio o valor de los derechos se determina en efectivo con arreglo al sistema monetario oficial de España, pudiendo también expresarse las cantidades en moneda o valores extranjeros, pero reduciéndolas, simultáneamente, o moneda española».

(85) Las normas generales sobre el pago no establecen prescripciones al respecto, y tan solo hay alusiones genéricas para el ofrecimiento de pago y en la consignación, al prescribir que el pago se llevará a cabo «en el momento en que deba hacerse» (art. 1.176 del Código civil). En cambio, para el ámbito mercantil, y en el caso de las letras de cambio, se puntualiza que el pago será con «la moneda que en las mismas se designe» y «si la

se trata de una especie pactada, en el caso de la determinación del tiempo o momento en que debe realizarse la conversión o equivalencia de las monedas.

Mientras que en el período anterior a la publicación del Código civil, la Orden de 23 de marzo de 1869, en su artículo 2.º, establecía una solución, mediante el «cambio corriente del día de pago», el propio Código civil no particularizó nada acerca de cómo debía llevarse a cabo la convertibilidad; o se consideró como materia no propiamente civil, o se entendía más bien como correspondiente al ordenamiento monetario, por lo que puede interpretarse como todavía vigente.

Dentro del ámbito civil ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo quien, a lo largo de sus decisiones, nos presenta un panorama de distintos criterios en cuanto a la determinación del momento en que debe realizarse la conversión de monedas; en ellos puede apreciarse ciertas posturas esporádicas y un criterio dominante. Así, respecto a las primeras, debido a las circunstancias económico-jurídicas que concurrían en cada caso concreto (alteraciones monetarias, situación de mora del deudor), el Tribunal Supremo adopta varias soluciones, tales como considerar más equitativo para adecuar la correspondencia valorativa entre las monedas extranjeras y la española «el cambio del día en que se había emplazado al demandado» (sentencia de 23 de diciembre de 1954) (86) y, también, porque así lo había pedido el acreedor en base a las devaluaciones y a la mora del deudor, aceptándose el «cambio del día de la sentencia» (sentencias de 3 de octubre y 9 de noviembre de 1957) (87), o porque tratándose de una indemnización se juzgaba más adecuado que tuviera lugar que fuera «el cambio del día en que había ocurrido el hecho» (sentencia de 6 de julio de 1957) (88).

No obstante, el criterio dominante que aparece a lo largo de las decisiones del Tribunal Supremo para la convertibilidad de las monedas extranjeras coincide con lo dispuesto por la mencionada Orden de 1869 (art. 2.º), según el cual la conversión se hará según «el cambio del día o momento del pago» (sentencias de 10 de marzo de 1925 (89), 3 de julio de 1936 (90), 9 de noviembre de 1957 (91), 6 de abril y 8 de junio de 1963 (92).

designada no fuese efectiva, en la equivalente, según el uso y costumbre en el mismo lugar de pago» (art. 489 del Código de comercio), concretando que deberán «pagarse al tenor del día de su vencimiento» (art. 488 del Código de comercio).

(86) Vid. en *Anuario de Derecho Civil*, VIII-2 (1955), pág. 660.

(87) Vid. en *Jurisprudencia civil* (ed. oficial del Ministerio de Justicia), LXII (1956), pág. 35, y en *Jurisprudencia civil*, LXIII (Madrid, 1959), páginas 226 y sigs.

(88) Vid. *Jurisprudencia civil*, LXI (Madrid, 1958), págs. 326 y sigs.

(89) Vid. en *Jurisprudencia civil*, XXXIII (Madrid, 1927), págs. 773 y sigs.; también en *Revista de Derecho Privado*, XVIII (1931), pág. 307.

(90) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, V (1936), n.º 1.619.

(91) Vid. en *Jurisprudencia civil*, LXIII (Madrid, 1959), págs. 226 y sigs.

(92) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia* (1963), núms. 2.204 y 3.323.

5. *El pago de las deudas de dinero en moneda de curso legal en España.*

Otra cuestión interpretativa, que ha planteado el párrafo primero del artículo 1.170 del Código civil es la referente a la expresión según la cual el pago de las deudas de dinero deberá hacerse «en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España». ¿Se refirió el legislador a que la especie oro o plata de monedas fuese determinante si eran de curso legal, o bien la referencia a las monedas de oro y plata es meramente circunstancial debido al sistema monetario entonces vigente?

No cabe duda que el legislador lo que pretendía establecer era la sustitución de la especie pactada, que se presentase como imposible de dar, por la moneda de curso legal, fuese de oro o de plata, o incluso, de cualquier otro metal o especie, pero siempre, repetimos, que fuese «de curso legal».

La idoneidad de las monedas de oro y plata en cuanto monedas de curso legal, es meramente circunstancial. Incluso, coetáneamente a la codificación civil, a finales del siglo XIX (93), las monedas españolas de oro se hicieron cada vez menos frecuentes como instrumento de pago, debido a su escasez, por lo que, en estos primeros años de vigencia del Código civil puede decirse que esta particularidad dispositiva resultaba ya en parte inaplicable literalmente.

Para contrarrestar la desaparición del oro se acudió a realizar fuertes acuñaciones de moneda de plata (94), aumentándose, por otra parte, considerablemente el volumen de la circulación fiduciaria de los billetes de Banco (95), si bien todavía significando un dinero amparado por las reservas metálicas, que lo hacían convertible, hasta que la Ley de 21 de septiembre de 1931 suspende temporalmente dicha conversión —«temporalidad» que llegará hasta nuestros días—, dentro del régimen de las reservas metálicas para los billetes de circulación legal. De un modo definitivo, la Ley de 20 de enero de 1939 viene a privar de curso legal a la moneda de plata sustituyéndola por los nuevos billetes del Banco de España (96) que, por Ley de 20 de enero de 1939 serán de circulación forzosa con pleno poder liberatorio; es decir, adquirirán la categoría de «moneda» de curso

(93) Cfr. SARDÁ, *op. cit.*, págs. 202 y 211, constata cómo hacia 1891 y 1892 el oro español había desaparecido de la circulación casi totalmente, y apenas quedaba el que tenía el Banco de España (160 millones), y el que existía en los Bancos de Cuba (75 millones).

(94) En el año 1902 se lleva a cabo una gran acuñación en moneda de plata.

(95) La Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921 aumenta su circulación a 6.000 millones de pesetas. La nueva Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946 amplía todavía más dichos límites de circulación fiduciaria.

(96) El artículo 24 de los Estatutos del Banco de España reitera que sus billetes son medio legal de pago.

legal. Así, resulta que, durante un período de años (1939-1966) (97), la expresión del artículo 1.170 I del Código civil, referente a la moneda de oro o plata, carece de cierta exactitud.

Los privatistas españoles han sido conscientes de esta inexactitud, adoptando una postura más o menos radical en cuanto a su interpretación al considerar, o bien una «modificación», o ya una «derogación» del precepto, en contraste con las disposiciones monetarias vigentes que atribuyen curso legal a determinados signos monetarios. Así, para el profesor CASTÁN TOBEÑAS (98), «hay que tener en cuenta en primer lugar, que hoy está modificado el sistema monetario a que respondía dicho artículo». Para el magistrado PUIG PEÑA (99), la dicción del Código civil «moneda de plata u oro que tenga curso legal en España», cabe decir que ha de ser admitida en su sentido amplio, y sí todas las monedas de plata u oro han perdido su curso legal, habrá que realizar el pago en la moneda o papel-moneda que lo tengan. El profesor OSSORIO MORALES (100), también manifestó, a este respecto, la necesidad de tener en cuenta que el sistema monetario español consagrado por el Código ha sufrido después una importante modificación.

Desde el campo mercantilista, el profesor GARRIGUES (101), a la vista del artículo 1.170 I, pone de relieve cómo en la época de publicación del Código civil, dinero eran exclusivamente las monedas de plata u oro, a las cuales se había reconocido por la ley el ser un medio irrecusable de pago, si bien esta situación cambia radicalmente después de nuestra guerra civil y la Ley de 9 de noviembre de 1939 entroniza súbitamente a los billetes del Banco de España como único medio legal de pago con pleno poder liberatorio.

En cuanto a este aspecto concreto, el profesor HERNÁNDEZ-GIL (102), es más explícito, al afirmar que «el artículo 1.170 del Código civil no ha sido directamente modificado; no se ha dado una nueva redacción, pero las reformas introducidas en el régimen monetario traen consigo que, en gran medida, resulte un precepto retrospectivo y desprovisto en este aspecto de vigencia. Y concluye (103), que, en razón de lo expuesto, el artículo 1.170 habrá de entenderse modificado en la medida que exija dar cabida a las siguientes exigencias del actual sistema monetario. También en lo que

(97) A partir de 1966 (Ley de 18 de marzo), la moneda de plata vuelve a tener curso legal en España.

(98) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral. III. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 8.^a ed., Madrid, 1954, pág. 269 y 10.^a ed. (Madrid, 1967), pág. 301.

(99) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español. IV-1. Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación*, Madrid, 1946, pág. 170.

(100) OSSORIO MORALES, *Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos (parte general)*, Granada, 1956, pág. 69.

(101) GARRIGUES, *El dinero y la deuda dineraria*, en *Revista del Foro Canario* (1957-1958), pág. 13, y *Contratos bancarios*, Madrid, 1958, pág. 76.

(102) HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), págs. 183 y 184.

(103) HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, pág. 186.

se refiere a las especies pactadas, este ilustre autor (104), considera que el artículo 1.170 del Código civil no ha sido expresamente derogado, ni en general, ni en su proyección sobre las deudas de moneda extranjera, si bien entre el significado inicial del precepto y el que resulta de conjugarse con la legislación especial en materia de divisas, median profundas diferencias.

Mucho más radical, desde el campo internacionalista, es el profesor MIAJA DE LA MUELA (105), al considerar derogado el artículo 1.170 en cuanto se refiere al pago en moneda oro o plata. En cambio, PECOURT GARCÍA (106), tan sólo mostrará la influencia del sistema monetario español en la regulación de las obligaciones dinerarias, para concluir diciendo que «es claro que este conjunto normativo que configura hoy el régimen monetario español ha alterado el tenor literal del artículo 1.170 del Código civil».

Para SANTOS BRIZ (107), pese al texto literal de este artículo, actualmente no hay más que los billetes del Banco de España como moneda de curso forzoso, pero su admisión en las transacciones es limitada.

Por último, el profesor ESPÍN CÁNOVAS (108), también abundará en que el sistema del Código está modificado por no tener curso legal las monedas de plata y oro, teniéndolo en cambio otras monedas emitidas recientemente como los billetes del Banco de España, que han adquirido curso forzoso.

La dicción del Código civil, en el artículo 1.170 I, de que el pago de las deudas de dinero deba hacerse en las monedas de plata u oro presenta dos cuestiones interpretativas: la que queda expuesta por la doctrina, en cuanto a su modificación y derogación —para mi tan sólo referida a un cierto período (1936-1966), según vamos a ver—, y la que hace la jurisprudencia del Tribunal Supremo al tener que decidir sobre los pactos establecidos por las partes con anterioridad a las leyes de 1939 y que fueron realizados, bien bajo dominio marxista, o ya una vez concluida la contienda.

En cuanto a esta última cuestión interpretativa, en numerosos casos, las partes habían pactado sus obligaciones y contratos preveyendo que se saldaran las diferencias de cotización entre la «peseta papel y la peseta oro» (sentencia de 23 de diciembre de 1942) (109),

(104) HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*, pág. 199.

(105) MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado. II. Parte general*, 3.^a ed., Madrid, 1963, pág. 255.

(106) PECOURT GARCÍA, *Jurisprudencia española de Derecho internacional privado (V). Obligaciones en moneda extranjera.—Nota A) El cumplimiento de las obligaciones pactadas en moneda extranjera y el control de cambios*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, XVII-4 (1964), pág. 597.

(107) SANTOS BRIZ, *Código civil (Concordancias, doctrina y jurisprudencia al día)* (Art. 1.170), Madrid, 1965, pág. 611.

(108) ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español. III. Obligaciones y contratos*, 3.^a ed., Madrid, 1970, pág. 69.

(109) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XXVII (1943), págs. 89 y siguientes, con comentario de BONET RAMÓN.

o que el préstamo fuese devuelto «en buena moneda de plata» (sentencia de 2 de marzo de 1943) (110), de que el precio y los intereses habían de realizarse «en moneda corriente de oro o plata, con exclusión de toda otra clase de papel moneda» (sentencia de 4 de julio de 1944) (111) de que la cantidad habría de ser satisfecha «en moneda de oro o plata de curso legal» (sentencia de 15 de junio de 1946) (112), de que el pago fuese «en oro o plata y si esto no fuese posible, en papel, pero abonando la diferencia de valor en este caso entre el papel moneda y aquellas especies monetarias» (sentencia de 29 de abril de 1946) (113), de que se obligó a pagar la cantidad debida «en moneda de oro o plata y abonar, en el caso de que fuese forzoso el curso de los billetes de Banco, la diferencia entre el valor de éstos y el de la moneda de plata corriente, al tipo de cotización oficial de la plaza de Barcelona» (sentencia de 12 de marzo de 1946) (114), de que el pago se haría «en moneda corriente y legítima de oro o plata gruesa» (sentencia de 23 de noviembre de 1946), de que el capital y los intereses serían pagados «en moneda nacional corriente de oro o plata con exclusión de papel moneda y que si el curso de éste se declarase forzoso, el quebranto que experimentase al canjearse por oro o plata en el instante del pago» (sentencia de 22 de marzo de 1947) (115), de que el capital y los intereses deberían ser satisfechos y devueltos «en buena moneda de oro o plata de curso corriente, con exclusión de calderilla o papel moneda o de otra clase, y para el caso de que estos se declarasen de aceptación forzosa, los deudores deberían entregar en tales clases de papel una cantidad igual a la que se adquiriría si ésta se satisficiera en moneda de oro o plata del curso corriente, al tipo de cotización en el día en que el pago se verificara» (sentencia de 5 de abril de 1948) (116), de que se devolviese el capital e intereses «en oro o plata gruesa» (sentencia de 9 de enero de 1950) (117) y de que el pago se verificaría «en buena moneda de oro o de plata, excluida toda clase de papel moneda, y con abono, caso de declararse forzoso su curso y admisión, de la diferencia que resultase entre el valor de la plata acuñada

(110) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, (1943), n.º 301.

(111) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XXVIII (1944), pág. 866. con comentario de BONET RAMÓN. También, BATLLE, en *notas a COLIN y CAPITANT*, 3.ª ed., III, pág. 294; y HERNÁNDEZ-GIL, *El problema del nominalismo en el pago de las deudas de dinero y su corrección. Cláusula «pago en oro». Cláusula «valor oro». Presupuestos jurídico-sociales. Alusión del Derecho comparado. Precisión de la jurisprudencia*, en *Dictámenes*, I (Madrid, 1968), páginas 427 y sigs.

(112) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XXX (1946), pág. 868 y concordancias de BONET RAMÓN.

(113) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XXX (1946), pág. 766.

(114) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XXX (1946), pág. 553.

(115) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XXXII (1948), pág. 146.

(116) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XXXII (1948), pág. 832.

(117) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XXXIV (1950), pág. 257.

y el del papel moneda, al tipo de cotización oficial el día del pago» (sentencia de 11 de mayo de 1951) (118).

Todos estos acreedores, que de acuerdo con los preceptos entonces vigentes, habían tenido la previsión de pactar la devolución de las sumas pecuniarias debidas en monedas de metal (oro o plata), en vista de poder conservar con mayor garantía su valor intrínseco y poder adquisitivo frente al creciente aumento de la circulación fiduciaria e inflacionista del billete de Banco, se vieron sorprendidos por otro acontecimiento más grave, consecuencia de la guerra civil y de su división en dos comunidades de pago, al producirse una gran depreciación de la moneda en la zona marxista. De aquí que el fundamento de la corrección de valores para las cantidades pagadas en pesetas marxistas fuese tanto la acción revisora de pagos, concedida de un modo excepcional por la legislación de desbloqueo (Ley de 7 de diciembre de 1939) (119), como el tomar en cuenta el pacto de las partes, estimado como cláusula de valor efectivo.

El Tribunal Supremo concluye por entender que los acreedores se habían satisfecho tan sólo «parcialmente», por lo que los deudores debían de abonar la diferencia de valor entre el papel moneda marxista y el de la peseta de plata anterior, ya que así lo amparaban los preceptos legales excepcionales y la justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos.

En cuanto a estos mismos pactos concluidos por las partes con anterioridad a la guerra civil, de que el pago ha de realizarse «en moneda de oro o plata de curso legal, con exclusión de todo papel moneda», pero que habían de cumplirse con posterioridad a las hostilidades, el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de noviembre de 1957 (120), entiende que dichos pactos, o la cláusula del contrato, ha sido utilizada en el concepto de querer significar cláusula valor, deduciéndose que caso de no poder prestarse cumplimiento por falta del metal amonedado, este valor moneda puede, y debe, ser sustituido en su equivalencia por el número de billetes de Banco que le representen, debiendo sólo, pues, servir de módulo para calcular el importe dinerario que aquellas monedas tienen en el mercado del metal, fundamento, este, ya aceptado por esta Sala en casos análogos, en las sentencias de 29 de abril de 1946, 22 de marzo de 1947 y 9 de enero de 1950, entre otras, fundado en el quebranto que ha sufrido el papel moneda, por su relación con el oro

(118) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XXXV (1951), pág. 624.

(119) Especialmente PUIG PEÑA, *op. cit.*, IV-1, pág. 169; también, MARÍN LÁZARO, *Principios y orientaciones del desbloqueo y de la revisión de los pagos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XVI (1940), págs. 3 y sigs.; GARRIGUES, *Curso*, II, págs. 232 y sigs.; ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, III, pág. 75.

(120) Se trataba de un contrato de arrendamiento de local de negocio celebrado el 20 de febrero de 1935, cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XLII (1958), pág. 155.

y con la plata». De este modo nuestra jurisprudencia da paso a las llamadas cláusulas de estabilización y reconoce la depreciación monetaria causada por la inflación (121), argumentando en su favor (sentencia de 31 de octubre de 1960) (122), que por ellas «no se niega valor liberatorio al billete, a la moneda vigente en España, lo que se hace en función de la cláusula estabilizadora es determinar la cantidad de moneda de esa clase necesaria para cumplir la obligación dineraria que ha de solventarse, pero se paga con ese mismo papel-moneda de curso forzoso, con lo que no se desprecia el artículo del Código civil» (art. 1.170) (123).

(121) La doctrina española, consciente de la cuestión, aborda sus efectos y estudia sus cuestiones en el ámbito de la contratación, cfr. PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II (1946), págs. 39 y sigs.; DUALDE, *Cláusula «pago en oro»*, en *Revista de Derecho Privado*, XXXI (1947), págs. 1 y sigs.; QUINTANO, *La cláusula oro en los pagos internacionales privados*, en *Revista de Derecho Privado*, XXXI (1947), págs. 666 y sigs.; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Cláusulas de estabilización*, en *Estudios de Derecho Privado*, I (Madrid, 1948), páginas 251 y sigs.; ROCA SASTRE, *Eficacia de la cláusula «valor oro»*, en *Revista de Derecho Privado*, XXXIV (1950), págs. 1 y sigs.; VELASCO ALONSO, *Algunas consideraciones sobre la «cláusula valor oro»*, en *Revista de Derecho Privado*, XXXIV (1950), págs. 530 y sigs.; MARTÍN-BALLESTERO, *El pago de prestaciones debidas en moneda devaluada*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1950), págs. 528 y sigs.; CERRILLO QUÍLEZ, *La renta. II. Cláusula pago en oro en el arrendamiento urbano*, Barcelona, s. a.; LUCES GIL, *El problema de las obligaciones pecuniarias devaluadas ante la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Foro Gallego*, 84 (1952), págs. 589 y sigs.; PUIG PEÑA, *Cláusula oro*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, IV (Barcelona, 1952), págs. 183 y sigs.; FENECH, *Las cláusulas estabilizadoras en la jurisprudencia española y francesa*, en *Revista del Instituto de Derecho Comparado* (1954), págs. 141 y sigs.; COSSÍO, *Cláusulas de escala móvil*, en *Revista de Derecho Privado*, XXXIX (1955), páginas 963 y sigs.; BONET CORREA, *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en *Anuario de Derecho Civil*, VIII-1 (1955), págs. 89 y sigs.; BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*, cit., págs. 215 y sigs.; ARENAL, *La desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil*, en *Revista de Derecho Español y Americano*, IV-20 (1959), páginas 1027 y sigs.; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), págs. 171 y sigs.; MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las cláusulas privadas de revalorización monetaria*, en *Revista de Derecho Español y Americano*, VI-25 (1961), págs. 291 y sigs., y *Las cláusulas de estabilización monetaria*, en *Estudios de Derecho Privado*, I (Madrid, 1962), págs. 520 y sigs.; BONET CORREA, *El contenido y validez de las cláusulas «moneda oro o plata»*, en *Anuario de Derecho civil*, XV-2 (1962), págs. 505 y sigs., y *Las cláusulas de estabilización en las obligaciones pecuniarias*, en *Revista de Derecho Notarial*, XL (1963), págs. 91 y sigs., también, *La legislación de arrendamientos urbanos y las cláusulas de estabilización de la renta*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 220 (1966), pág. 213; RUIZ VADILLO, *Sistemas de rectificación de las alteraciones del valor monetario*, en *Revista de Derecho Judicial*, 21 (1965), págs. 9 y sigs.; HERNÁNDEZ-GIL, *Cláusula «pago en oro»*, *Cláusula «valor oro»*, en *Dictámenes*, I (Madrid, 1968), págs. 427 y sigs.; SOTO NIETO, *Las cláusulas de estabilización y el contrato arrendaticio urbano*, en *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, I (Madrid, 1970).

(122) Cfr. BONET CORREA, en *Anuario de Derecho Civil*, XIV-2 (1961), página 514.

(123) En contra: Sentencia de 22 de diciembre de 1961, en *Revista de Derecho Privado*, XLVI (1962), pág. 220, y sentencia de 31 de octubre de

Por otra parte, y de un modo especial, tenemos que referirnos a la primera cuestión planteada acerca de la interpretación que el Tribunal Supremo hace en dos sentencias respecto a la referencia literal del artículo 1.170 I, sobre la «moneda de oro y plata que tenga curso legal en España».

La sentencia de 6 de abril de 1963 (124), al abordar el artículo 1.170 del Código civil, manifestaba que «siendo de destacar que este precepto ha sido mantenido en la última reforma del Código, pese a la sustancial alteración introducida por las Leyes de 20 de enero y 9 de noviembre de 1939, y conforme a las que fue prohibido el pago en la forma dispuesta por el Código, y se impuso para ello el curso forzoso de los billetes de Banco, todo lo que indica que, en definitiva, son las circunstancias monetarias del país, con sus exigencias modificativas, las que, en el momento del cumplimiento, imponen o determinan cuál sea la especie legalmente apta para el pago».

También la sentencia de 22 de noviembre de 1966 (125), considera que «el pago en su sentido técnico de cumplimiento efectivo de la prestación convenida, se rige, si se trata de deudas de dinero, por el artículo 1.170 del Código civil, con arreglo al cual dicho pago ha de hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España precepto que hoy no puede aplicarse en su integridad, dado que al modificarse el sistema monetario a que respondía dicho artículo, ha de ser este entendido en su sentido amplio, referido a la moneda o papel moneda que tenga en la actualidad curso legal».

Es notoria la influencia que ha ejercido la doctrina en cuanto a la postura del Tribunal Supremo. Sin embargo, la cuestión no tiene un alcance tan absoluto como ha querido dársele, al constituir medidas legales provisionales por las que, o bien se suprimía un determinado tipo de moneda de curso legal, o ya se añadía otra modalidad de moneda con curso legal y forzoso (126), puesto que más

1962, en *Revista de Derecho Privado*, XLVI (1962), pág. 1088, acerca de unos préstamos hipotecarios. En cambio, se vuelve a reconocer la estipulación de otro préstamo hipotecario de la misma época (año 1933), expresada la devolución en «moneda de oro y plata» como cláusula de estabilización en la sentencia de 22 de noviembre de 1966, aplicando ya el criterio afirmativo del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, cfr. BONET CORREA, *Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización*, en *Revista de Derecho Notarial*, XXIX-XXX (1960), págs. 43 y sigs.; MARTÍNEZ DE LA CUEVA, *La cláusula de estabilización del valor en la hipoteca*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 392-393 (1961), págs. 273 y sigs.; MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las cláusulas de estabilización en los préstamos hipotecarios*, en *Estudios de Derecho Privado*, I (Madrid, 1962), págs. 553 y sigs.

(124) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, XLVII (1963), pág. 684; ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia* (1963), n.º 2.204.

(125) Cfr. en *Revista de Derecho Privado*, LI (1967), págs. 327 y sigs.; ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia* (1967), n.º 377.

(126) La Ley de 20 de enero de 1939 priva de curso legal a la moneda de plata, y la Ley de 9 de noviembre implanta el curso legal y forzoso del billete del Banco de España, con pleno poder liberatorio. Se añaden las Leyes.

tarde (Ley de 18 de diciembre de 1946), se retornaba a un sistema monetario tradicional de base metálica (127). Si bien para aquel momento la sentencia de 6 de abril de 1963 todavía podía hablar de «sustancial alteración», o de que «fue prohibido el pago en la forma dispuesta por el Código», en cambio, la sentencia de 22 de noviembre de 1966, al decir que el precepto contenido en el artículo 1.170 «hoy no puede aplicarse en su integridad» dejaba ya de tomar en cuenta la Ley de 18 de marzo del mismo año de 1966, que admitía la circulación de monedas de plata de cien pesetas.

El peligro de estas afirmaciones se presenta más en cuanto a su carácter interpretativo sustancial, que el meramente adjetivo o gramatical de la materialidad de la moneda, puesto que si actualmente resultan inexactas las afirmaciones que se han hecho a este respecto, pueden serlo mucho más en cuanto a su contenido global para el pago de las deudas de dinero de acuerdo con el sistema monetario vigente y de control de cambios (128).

Por tanto, si el actual sistema monetario español (Ley de 18 de diciembre de 1946), restablece con carácter permanente la moneda de plata y la pone en circulación (Ley de 18 de marzo de 1966), además de establecer la paridad de la peseta con el patrón oro (Decreto-Ley de 4 de julio de 1958) (129), disponiendo medidas complementarias (Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967) (129 bis), se debe concluir que el texto literal del artículo 1.170 I no ha perdido su

de 3 de mayo de 1940, 8 de noviembre de 1941 y 18 de marzo de 1942, que reiteran y aprueban otras monedas metálicas divisionarias.

(127) La Ley de 18 de diciembre de 1946 confirma que la unidad del sistema monetario español es la peseta, que equivale a cien céntimos (artículo 1.º), y vuelve a instaurar las monedas de plata de cinco, diez y veinticinco pesetas (art. 2.º). Otra disposición tendrá su efectividad también para la emisión de monedas de plata de cien pesetas por Ley de 18 de marzo de 1966, que se admitirán sin limitación por las Cajas públicas y entre particulares hasta mil pesetas, cualquiera que sea la importancia del pago. La Ley de 22 de julio de 1967 amplía la acuñación de moneda de plata a 7.500 millones de pesetas.

(128) El régimen de control de cambios, a nuestro parecer, supone un cierto freno, pero no una restricción a la autonomía de la voluntad de las partes en sus negocios jurídicos, si bien, de hecho, limite y controle la posesión de moneda extranjera; limite y control discrecional por parte de la Administración económica del Estado, pero que no impide su obtención y manejo al tener la posibilidad de que se conceda una autorización por el Instituto Español de Moneda Extranjera (Ley de 4 de mayo de 1948, art. 10), cfr. BONET CORREA, *Negocios jurídicos en moneda extranjera y autorización administrativa*, en *Anuario de Derecho Civil*, XXIV (1971) p. 149 ss.

(129) Este Decreto-Ley fija la paridad de la peseta, quedando establecida en razón de 0,0148112 gramos de oro fino por peseta, a 70 pesetas por dólar USA del peso y ley en vigor de 1.º de julio de 1944. De este modo, el sistema monetario español queda ligado al patrón oro y a la economía del área del dólar.

(129 bis) Este nuevo Decreto de 1967 establece, en los términos previstos en el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, la paridad de la peseta con el oro, cifrándola en 0,0126953 gramos de oro fino por peseta, cfr. *Boletín Oficial del Estado* del 28 de noviembre de 1967, página 16417.

integral vigencia en cuanto al pago de las deudas de dinero en moneda de plata, si bien el pacto que se establezca para un pago en moneda de oro —concretamente, «pesetas oro»—, deberá seguir entendiéndose válido (siempre que su causa no sea ilícita), como hizo la jurisprudencia, y como referido por las partes contratantes a querer introducir una cláusula valor, puesto que todavía no circula con curso legal una nueva moneda de oro española.

En definitiva, la referencia hecha por los codificadores civiles en el artículo 1.170 I, a la «moneda de oro o plata», no es más que la afusión temporalizada que data el sistema monetario concreto de dicho artículo, pero que no modifica en absoluto su recto sentido para el pago de las deudas de dinero, en las que lo esencial, es que pueda pactarse la especie monetaria y en su defecto, tener que entregar su equivalencia en «la moneda de curso legal en España». Cuál sea esta moneda es un imperativo que se determina normativamente para el tráfico negocial según las estructuras socio-económicas de un país, en función de su grado de fiducia y organización que, en último término, son las ideas rectoras que del dinero se tiene para una comunidad nacional y dentro del concierto internacional.

6. *Las deudas de dinero y su naturaleza cuantitativa o nominal.*

No pueden acometerse las cuestiones interpretativas del artículo 1.170 I del Código civil, sin dejar de referirse a la naturaleza jurídica de las deudas de dinero, especialmente cuando han sido tratadas por un Código civil que se redacta en una época en la que madura una nueva concepción del dinero y de su concreción específica, la moneda, que se desborda de sus límites tradicionales.

Como ya queda analizado, es en el siglo XIX cuando, junto a las exclusivas monedas metálicas, aparece un nuevo tipo de moneda, la fiduciaria o de papel, el billete de Banco. Este nuevo hallazgo tenía sus raíces en una nueva manera de entender el dinero que discrepaba de la vieja concepción medieval, conocida como metalista, según la cual, el dinero y su símbolo más idóneo, las monedas, venían identificadas con el poder o valor intrínseco del metal en que estaban acuñadas (130).

Frente a esta manera pragmática de entender y concebir el dinero va a aparecer otra más abstracta, producto del progreso que resulta de una sociedad en vías de industrialización, cuyo volumen monetario de circulación va a aumentar en proporciones hasta entonces desconocidas y que es consecuencia de una participación económica cada vez más intensa de los ciudadanos en lo que hoy se denomina con el nombre de coeficiente bruto del producto social.

El dinero español, la moneda de la segunda mitad del siglo XIX, pues, ya no se cifra en el poder adquisitivo que le proporciona ex-

(130) Cfr. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nell diritto comune, cit., passim.*

clusivamente el contenido de metal noble con que está acuñada (oro o plata), sino en el poder abstracto que fiduciariamente le asigna el Estado, sobre todo cuando se trata de la moneda papel o billete de Banco, que va a concluir por ser el tipo de moneda que circulará masivamente y concluirá por sustituir a las demás.

El desprendimiento producido en la moneda, de sus caracteres y cualidades físicas, de su valor intrínseco, según la materia o metal de que está formada, sustituyéndose por un criterio de autoridad, de valoración nominal, que se imprime en los certificados o billetes, que el Estado pone en circulación a través de sus Bancos nacionales, conduce a que los teóricos del dinero presenten los fundamentos de este cambio de posición y opongán a la tradicional teoría metalista la llamada teoría nominalista.

El nominalismo monetario contemporáneo tiene un cualificado definidor, Georg Friedrich KNAPP, quien con su «*Staatliche Theorie des Geldes*» (131), expondrá toda una concepción autodenominada «cartalismo», en cuanto que la esencia y ser del dinero viene creada por el Estado mediante su acuñación o constitucionalidad cartal; es decir, que es dinero aquello que el Estado acuña como dinero, independientemente del valor intrínseco del objeto (metal noble o papel), que se utiliza como moneda. A este dinero cartal el Estado le atribuye un valor nominal, por lo que resulta una relación constante de valor, o el principio de que «un marco es igual a otro marco». De este modo, las deudas pecuniarias se pagarán exclusivamente atendiendo a su cuantía y por el valor nominal que resulte de la suma pactada.

Los propios economistas acusan a KNAPP de no haber hecho un análisis económico del dinero, sino de haberlo tratado desde un punto de vista histórico, jurídico e institucionalmente (132). Sin embargo, esta visión más genérica y politizada del dinero, este tratamiento amplio como hecho social, ha sido su acierto y éxito hasta que no ocurren las conmociones bélicas, las cuales, con sus alteraciones monetarias, dejarán ver la quiebra de su teoría del valor constante de la moneda. No obstante, una vez suplantado el nominalismo por las reacciones del valorismo, vuelve a triunfar en cuanto lleva en sí la formulación o expresión del sentido normativo del dinero.

Es que el dinero, a mi juicio, tiene su ser y sentido en una disposición normativa de los hombres reunidos socialmente cuando han

(131) KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*, Frankfurt am Main, 1905. Una contribución interesante en matices e ideas en su correspondencia con un discípulo y gran economista, cfr. SINGER, *Zur staatlichen Theorie des Geldes (Briefwechsel zwischen G. F. Knapp und L. Bendixen)*, Tübingen, 1958. Sobre las repercusiones iniciales de la teoría cartalista en España, cfr. BERMÚDEZ CAÑETE, *Jorge Federico Knapp y su significación en la teoría dineraria*, en *Revista Nacional de Economía* (1926).

(132) Cfr. LOJACONO, *Aspetti privatistici del fenomeno monetario* Milano, 1956, págs. 81 y sigs. Últimamente. VEIT, *Geldtheorie in unserer Zeit. Grundlage der Währungspolitik*, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung. Wirtschaftsblatt*, n.º 294, 19 de diciembre de 1970, pág. 13.

superado una economía del trueque estableciendo una economía de división del trabajo, por el arbitrio de la razón, ya de un modo roussoiano o convencionalmente tácito, o ya hegeliano, de un modo autoritario o impuesto, lo cual nos evidencia paladinamente este origen institucional o normativo del dinero.

Que el dinero no es una merecancia más, sino una idea esencialmente distinta de las demás cosas, es algo que pensadores, políticos e historiadores han puesto al descubierto (133). No sin razón se ha preguntado, recientemente, Pierre VILAR (134) si la moneda, en tanto que factor histórico, permanece como un hecho económico autónomo o, por el contrario, se convierte en estrecha relación con el objeto político en una creación dirigida; y, después de mostrar el enigma que la moneda tiene, el misterio monetario contemporáneo, concluye por reconocer que la moneda no es esta o aquella materia, sino algo más complejo y abstracto. No es extraño ver que tanto juristas como economistas actuales lleguen a adoptar posturas pesimistas sobre lo que es el dinero (135), o lleguen a extremismos de definirlo abstractamente como un derecho (136), o ya como una función (137).

A nuestro juicio (138), el dinero al suponer un poder patrimonial abstracto tiene su concreción o dato empírico en la moneda que se acuña, que es su expresión material más idónea. Por tanto, al tener que definir algo que presenta por una parte un carácter esencialmente abstracto, con un poder, autonomía y peculiaridad propias, y por otro, al mismo tiempo, una materialidad palpable (139), no puede menos de pensarse en su inclusión dentro de la categoría jurídica general de los «bienes», que tanto abarca los materiales como los inmateriales o abstractos (140). De aquí que llegue a la conclusión de que

(133) Véase nuestro estudio: *El dinero como bien jurídico*, en *Estudios en homenaje al profesor Castán Toberías*, IV (Pamplona, 1969), pág. 104. Ultimamente, los sociólogos tratan de presentarnos un exclusivo análisis del dinero con arreglo a sus métodos socio-económicos, pero no dejan de reconocer esta naturaleza normativa u ordenadora que el dinero tiene en las relaciones humanas, cfr. HEINEMANN, *Grundzüge einer Soziologie des Geldes*, Stuttgart, 1969.

(134) VILAR, *Oro y moneda en la Historia (1450-1920)*, trad. esp. Barcelona, 1969, págs. 5 y sigs.

(135) Cfr. OLIVECRONA, *The problem of the monetary unit*. New York, 1957.

(136) OLARRA JIMÉNEZ, *El dinero y las estructuras monetarias*, Buenos Aires. 1965, pág. 185.

(137) Cfr. SIMITIS, *Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 159 (1961), págs. 431 y sigs.; VEIT, *Reale Theorie des Geldes*, Tübingen, 1966.

(138) Véase nuestro estudio, *El dinero como bien jurídico*, cit., anteriormente.

(139) Incluso, el actual «dinero bancario», su expresión más abstracta, se concreta por su contabilización escriturada. Para su problemática actual, cfr. DUDEN, *Der Gestaltwandel des Geldes und seine rechtlichen Folgen*, Karlsruhe, 1968.

(140) Quien más ha contribuido a poner de relieve esta categoría de «bien» que tiene el dinero, es un cierto sector de la doctrina italiana, cfr. SAHADUN, *Denaro e moneta*, Livorno, 1930; LOJACONO, *Aspetti privatistici del*

el dinero, incluida su concreción corpórea, la moneda, resulta un bien entendido jurídicamente, puesto que sus atributos y caracteres (su genericidad absoluta, su ultrafungibilidad, su divisibilidad abstracta, su naturaleza imperecedera, su consumibilidad como «gasto», su compensabilidad, sustituibilidad y equivalencia con todas las demás cosas), lo hacen distinto de los demás objetos muebles. El dinero tiene una entidad propia, es el «bien» por excelencia en cuanto es la unidad de medida del complejo patrimonial de una persona, su instrumento de cambio con las demás cosas y bienes, y, resulta el objeto de pago o solutorio de las obligaciones, tanto como una reserva de valor para las transacciones futuras.

Sin embargo, esta última función del dinero y de la moneda, en cuanto reserva de valor, es la que ha puesto en evidencia la crisis del nominalismo contemporáneo, y de dogma de la igualdad de valor de la moneda, al pretender identificar las naturaleza cuantitativa o nominal de las obligaciones pecuniarias con un valor nominal fijo del dinero y de la moneda. El objeto de la prestación de una obligación pecuniaria es una suma o cuantía de moneda, de acuerdo con un criterio de valor o poder adquisitivo de aquella moneda, que se obtiene como resultado de una previa estimación por las partes obligadas. Otra cuestión, independiente de ésta, es el precio o estimación de una moneda, fuerte o débil según el complejo de circunstancias económicas de un pueblo, que desembocan en su mayor o menor poder adquisitivo; de aquí que el poder adquisitivo de las monedas sea cambiante por las tendencias inflacionistas o deflacionistas cuando no se mantiene el equilibrio ideal o de principio (tal como pretendió el nominalismo contemporáneo), por las autoridades responsables del gobierno de una comunidad nacional (141).

La crisis del sistema nominalista resulta por la quiebra de su principio ficticio y convencional, que mantiene la igualdad del valor de la moneda a lo largo del tiempo, mientras ocurren las catástrofes económicas que traen consigo las dos guerras mundiales dentro de la primera mitad del siglo XX. Roto el equilibrio de las libres fuerzas económicas del mercado mundial, el abuso en el lanzamiento de moneda fiduciaria, el unilateralismo en los programas de producción (material de guerra), la centralización y dirigismo en la Administración y en la Economía del Estado, por no mencionar otras subversiones al orden internacional antecedente, vuelven a poner de relieve el fenómeno social e histórico de la depreciación del dinero hasta límites desordenados, donde aparece el contraste entre su valor nominal impuesto y el valor comercial o real que alcanza.

Si en la época medieval, ante la falta de riquezas, el *valor impositus* era también sobrepasado por el *valor intrinsecus*, debido al

fenomeno monetario, Milano, 1955; Mosco, *Gli effetti giuridici della svalutazione monetaria*, Milano, 1958.

(141) Sobre esta responsabilidad véase mi estudio: *La moral del dinero*, en *Arbor*, 195 (1962), págs. 279 y sigs.

mayor valor del metal noble de que estaban compuestas las monedas en contraste con el exceso de valor atribuido por el Rey o Príncipe, ahora, ante la misma situación de precariedad y alteración económica, la moneda fiduciaria, o papel moneda, resulta igualmente disminuida en su poder adquisitivo al pretender mantenerse un valor nominal fijo que se deprecia y rebaja debido a que su valor fiduciario no coincide con la realidad y efectividad de las reservas metálicas de los Bancos nacionales, así como tampoco con el potencial económico de su pueblo.

Por otra parte, el sistema nominalista viene a encajar perfectamente y tiene su máxima aceptación por los Estados totalitarios, en cuanto es un medio idóneo para la expresión de su autoritarismo y de su economía dirigida. Dichos Estados hacen suyos los principios de KNAPP (142), de que el valor del dinero lo establece solamente la ley y que la denominación y valoración del medio de pago son un acto libre del poder estatal (143).

Este unilateralismo del poder, que prescinde del necesario *consensus populus* para legitimar sus decisiones, en cuanto elemento de equilibrio de los poderes sociales y de la buena salud de un pueblo, utiliza —unilateralizándolo— para su apoyo, unos pretendidos antecedentes tradicionales, basándose en que la moneda es una expresión de la soberanía y, como tal, una de las cuatro cosas naturales al señorío del Rey (144).

El sistema nominalista tiende a establecer el dogma del valor fijo de la moneda sin advertir el conglomerado de fuerzas sociales y económicas que configura el dinero en un país y que quiénes depende su valor estimativo o real. Este dogma estático sobre el valor de la moneda aspira a constituirse como criterio de orden público en aras de una seguridad del tráfico que vuelve sus espaldas a la buena fe y a la equidad en las relaciones jurídicas, así como a su justicia conmutativa. De aquí que, ante toda defensa practicada por los particulares mediante pactos o cláusulas contractuales de estabilización respecto al poder adquisitivo de las monedas, se intente rechazar como violación o vulneración de tal orden público estatal. Es que los detractores de la autonomía de la voluntad involucran e identifican un sistema nominalista monetario con el principio tradicional cuantitativo, numérico o nominal de las deudas de dinero.

Ya desde Roma, las deudas de dinero tienen una naturaleza cuantitativa se pagan por su cuantía, por la adición de unidades monetarias debido a que la *pecunia numerata* no es una mercancía, sino la unidad de medida de valor de las cosas (145), y así sigue siéndolo

(142) KNAPP, *op. cit.*, pág. 16.

(143) KNAPP, *op. cit.*, pág. 19.

(144) La Ley de 20 de enero de 1939 alude convenientemente al texto del Fuero Viejo de Castilla.

(145) PAULO, *Comentarios al Edicto*, lib. XXXIII, D.18.1.1, cfr. KASER, *Das Geld im römischen Sachenrecht*, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXIX (1961), págs. 169 y sigs.

para las diversas figuras de obligaciones pecuniarias actuales. Por tanto, la cantidad de monedas que debe pagarse es el resultado de un cálculo previo realizado por las partes contratantes, en base al valor de aquellas monedas, de su poder potencial y adquisitivo; la cuestión de su poder adquisitivo, variable en el mercado en relación con las mercancías, los bienes y los servicios, es un índice de la buena o mala salud económica de un pueblo, pero que no debe confundirse con la permanencia e igualdad de la propia unidad de valor (peseta, dólar, libra, marco, etc.) (145 bis).

Cuando la magistratura suprema del Estado ha proclamado un valor concreto a la moneda, sea intrínseco o fiduciario, lo debe hacer respondiendo a un criterio valorativo patrimonial, en cuanto norma de conducta para las transacciones económicas, en cuanto instrumento del intercambio de otras prestaciones materiales o inmateriales y de servicios (146). Ahora bien, cuando este mismo poder estatal es el primero en revolucionar lo establecido, alterando el equilibrio de valor implícito en los signos monetarios como consecuencia de sus ambiciones de clase, de sus grupos de presión, o de su torpe política financiera, el sistema nominalista del dinero se quiebra en su igualdad establecida para el valor admitido de su moneda. Entonces, también cabe preguntarse si es lícito mantener la seguridad de su valor nominal o sacrificar la justicia del valor real en las transacciones en base a la naturaleza cuantitativa de la deuda monetaria.

La manipulación del valor del dinero indudablemente conduce a un número de magia que —como señala PUIG BRUTAU (147)—, permite al Estado, como empresario, tener todo a cambio de unos signos monetarios que no son nada. De este modo, la moneda —sigue señalando este ilustre autor (148)—, tiene que correr la aventura de mantener el equilibrio como medida de valor de los demás bienes sin poseer ninguno por sí misma. Cuando son el propio Estado y sus gobernantes quienes toman a su cargo la exclusiva responsabilidad de hacer y deshacer el dinero, no cabe duda de que les es imputable el conseguir o no un equilibrio o estabilidad monetaria, la cual, en definitiva, viene a ser el reflejo de una participación creativa, transformadora y laboral dentro de la organización social de un pueblo (149).

En definitiva, el sistema nominalista contemporáneo consigue des-

(145 bis) El problema del «valor» de la moneda ha sido siempre el resultado de una transacción entre las fuerzas sociales, económicas y políticas de un país en relación con los demás países, por lo que su poder adquisitivo no es constante en el tiempo. Esta característica de la moneda le llevó a concluir a KEYNES, *A treatise on money*, London, 1930, pág. 292, que tan sólo servía de parangón de valores en momentos cronológicos distintos.

(146) El valor del dinero no sólo está en el respaldo de una gran reserva de oro y divisas, sino también en la energía vital y de organización de un pueblo, su alto grado de sociabilidad y espíritu de cooperación.

(147) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, I-II, pág. 323.

(148) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, pág. 322.

(149) Nuestro estudio: *La moral del dinero*, *cit.*, págs. 149 y sigs

prender al dinero de la materia en que viene representado por sus monedas; también logra establecer un dogma de la valoración del dinero por el Estado en razón de una igualdad estática, de un valor constante de la moneda; sin embargo, se comporta de un modo inoperante ante los cambios de poder adquisitivo de la propia moneda.

El principio jurídico de que las deudas de dinero se pagan por su cuantía, o suma, no es ni un descubrimiento del sistema nominalista ni una consecuencia de su aplicación; el tener que pagar la misma suma de dinero o cantidad determinada de moneda por el deudor, tampoco es una aportación del nominalismo contemporáneo; ello es algo implícito en la propia naturaleza de las obligaciones dinerarias (150). En cambio, tener que aceptar una igualdad de valor permanente para la moneda de curso legal, pudiendo el Estado al mismo tiempo planificar la economía, es un hecho acaecido contemporáneamente con la aplicación del dogma nominalista. De donde resulta que la quiebra del nominalismo no está únicamente en la elección arbitraria del valor para su moneda, sino también en el poder manipular la economía alterando el conjunto de normas que vinculan su condicionamiento. Si el valor de la moneda es una resultante de la organización del potencial económico de un pueblo, no obstante, la garantía que implica el concretar su precio y fijeza puede verse amenazada, y gravemente alterada por esas manipulaciones del propio poder que la crea y establece. Entonces no podrá imputarse a las libres o ciegas fuerzas de la economía —que, paradójicamente, son controladas por el sistema—, las variaciones del poder adquisitivo de la moneda y, en definitiva, considerar un riesgo normal, con repercusión inevitable en los negocios jurídicos privados, lo que puede ser una causa cierta y conocida, y, también, evitable.

De aquí que cuando el jurista se enfrenta con el llamado principio nominalista no lo pueda admitir como un dogma inviolable, de orden público, ni como identificado con la propia naturaleza de las obligaciones dinerarias, puesto que, en definitiva, no es más que un simple criterio valorativo que debe ser aplicado mientras no atente contra la buena fe de las partes en sus negocios onerosos, la justicia intrínseca o conmutativa de sus prestaciones. La seguridad de la fijeza de un valor admitido sólo es lícita y tolerable en el tráfico

(150) El Código civil no sólo contiene como únicas disposiciones que se refieren a las obligaciones dinerarias los artículos 1.170 y 1.754. También lo ha hecho a propósito de las obligaciones de dar (arts. 1.088 y 1.157 del Código civil), de las obligaciones en que aparece una «cantidad de dinero» (artículos 1.108, 1.160, 1.196 II, 1.211), o una «cantidad» (arts. 1.402, 1.597, 1.684, 1.724, 1.728, 1.838 I, 1.919 y 1.929), o una «suma» de dinero o «metálico» (arts. 494, 505 II, 510, 517, 616, 1.402, 1.682), o un «precio» (artículos 615 III, 616, 1.150, 1.295, 1.303, 1.535), o un «precio cierto en dinero» (arts. 1.604 y 1.970), o de «otro tanto» que se ha de devolver (arts. 1.740 y 1.753).

jurídico siempre que no repugne o altere las bases de la equidad y de la equivalencia de las prestaciones (151).

Nuestro Código civil con buen acierto, no contiene una declaración expresa e imperativa que acoja el sistema nominalista al modo del Código civil italiano vigente (art. 1.277). Le bastó con adoptar una de sus consecuencias, la más fundamental en el tráfico, cual es la de tener que entregar la moneda de curso legal en España (152). De este modo, no queda coartada, en principio, la libertad de las partes para que puedan elegir con plena autonomía la moneda de pago (153), la más idónea en su sentido valorativo, o para que opten por un índice económico, capaz de traducir en un momento determinado el poder adquisitivo de la moneda de curso legal —si bien no eximiéndose de su pago—, para establecer la equivalencia de valores que dicha moneda tenía en un principio y al final de la transacción en que interviene, cuando es de tracto sucesivo o a cumplir en un plazo largo de tiempo. Así, resulta que quien debe dar una cantidad de dinero se compromete a que la cuantía de moneda de curso legal que ha de entregar dependa del valor o poder adquisitivo que tenga dicha moneda en el momento inicial del negocio en comparación, bien con el valor de otra moneda, o ya de otro índice económico (154).

Que nuestros codificadores civiles no hayan elevado a norma de carácter preceptivo el dogma nominalista en el artículo 1.170 I del Código civil facilita al intérprete y a los tribunales el hacer frente ante las graves alteraciones monetarias y dar validez a las correcciones de valor que se prevean, ya por las mismas partes contratantes, bien provengan del propio tribunal, o bien de parte del legislador, sin incurrir en contravenciones al orden público o derogaciones a la propia ley.

(151) Hasta qué punto para nuestro Tribunal Supremo el principio nominalista cede en épocas de depreciación, cfr. sentencias de 4 de julio de 1944, 4 de enero de 1951, 8 de julio de 1952, 31 de octubre de 1960, 22 de noviembre de 1966 y 27 de mayo de 1967.

(152) Sobre el alcance del artículo 1.170 del Código civil en cuanto al principio nominalista, ha sido tratado extensamente por el profesor HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones, cit.*, págs. 353 y sigs.

(153) Que una moneda determinada tenga «curso forzoso» quiere decir que ha de ser necesariamente utilizada en los cambios, pero ello no implica su exclusivismo respecto de las demás; tal es el alcance que debe otorgársele a la Ley de 9 de noviembre de 1939 para la interpretación de nuestro caso.

(154) Sobre las cláusulas de escala móvil, cfr. COSSO, *Cláusulas de escala móvil*, en *Revista de Derecho Privado*, XXXIX (1955), págs. 963 y sigs.; BONET CORREA, *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en *Anuario de Derecho Civil*, VIII-1 (1955), págs. 89 y sigs. Últimamente el Tribunal Supremo reconoce dicha autonomía de la voluntad refiriéndose a las cláusulas de estabilización, así como a otros remedios no contractuales, los de tipo judicial o revisión de los contratos, o de tipo legislativo o leyes de revalorización, manifestando que «si no se utilizan de estos remedios, rige el sistema nominalista en toda su pureza y extensión, que es el imperante en España» (sentencias de 22 de noviembre de 1966 y 27 de mayo de 1967).

La inscripción y el justo título de usucapión

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: § 1 1. Delimitación del tema. § 2 2. Planteamiento de la cuestión. § 3 3. Cuestiones previas.—II. LA PRETENDIDA EQUIPARACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN AL JUSTO TÍTULO DE USUCAPIÓN: § 4 1. Referencia doctrinal. § 5 2. Consideración crítica. *a)* Consideración del justo título de usucapión. § 6 *aa)* Análisis comparativo de la inscripción y el justo título de usucapión. § 7 *bb)* El título adquisitivo y la configuración de la posesión. § 8 *b)* Consideración de la buena fe en la usucapión. § 9 Proyección de la buena fe sobre las irregularidades del título. § 10 *c)* Consideración de la protección que dispensa el Registro de la Propiedad.—§ 11 III. HACIA UNA CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA: § 12 1. Argumentos utilizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. § 13 2. Argumentos utilizados por la doctrina. § 14 3. La presunción de justo título y el sentido literal del artículo 35.

I. INTRODUCCION

1. *Delimitación del tema*

§ 1. La usucapión, en los bienes inmuebles está relacionada con el Registro de la Propiedad, por cuanto ella puede suponer, de un lado, un límite a la protección al tercero registral (art. 36 L. H.), y, de otro, un medio para hacer exacto el Registro, potenciado por la propia inscripción (art. 35 L. H.). De estos dos puntos de conexión aquí sólo nos interesa el segundo (1).

(1) Sobre el tema, además de las obras generales, AZPIAZU, *Más sobre el tema de la prescripción y el Registro*, R. C. D. I., 1945, p. 427; BENAYAS, *La usucapión y el Registro de la Propiedad en el Derecho español*, A. A. M. N., 1946, p. 475 y ss.; BÉRGAMO, *La usucapión y el Registro de la Propiedad*, A. A. M. N., 1946, p. 482 y ss.; GENOVÉS AMORÓS, C., *La posesión y el Registro de la Propiedad* (Conferencia, Colegio Notarial de Barcelona), en *Cuestiones de Derecho Hipotecario y Social* (Barcelona 1945); GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *La Reforma de los artículos 41, 399 y 400 de la Ley Hipotecaria*, Estudios, II (Madrid 1948), p. 46 y ss.; NÚÑEZ LAGOS, *Realidad y Registro*, R. G. L. J., 1945-I, página 413; PEÑA, J. M., *Comentarios a la sentencia de 5 de abril de 1961*, A. D. C., 1962, p. 799 y ss.; PORCIOLES COLOMER, *La prescripción y el Registro*

La inscripción de un inmueble en el Registro de la Propiedad por un no titular suele reportarle ciertas ventajas, en orden a la usucapación del mismo, mas la forma concreta de producirse éstas no es uniforme, depende de cada sistema. Puede decirse, en términos generales, que la inscripción unas veces determina directa e independientemente la usucapación, de espaldas a la realidad extrarregistral; otras, es un elemento más, que la produce en actuación coordinada con otros de la realidad extrarregistral; en fin, en ocasiones no determina, ni aislada ni coordinadamente, la usucapación, pero ofrece ventajas indirectas en orden a la misma (ejemplo, facilitar su prueba por medio de presunciones) (2).

de la Propiedad (Conferencia, Colegio Notarial de Barcelona), *Cuestiones*, p. 164 a 191; ROCA SASTRE, *La nueva Ley Hipotecaria* (Breve examen informativo crítico), R. G. L. J., 1945 marzo, p. 257 (en especial p. 290); SANZ FERNÁNDEZ, *La Reforma de la Ley Hipotecaria*, R. D. P., 1945, p. 1.

(2) Se suele emplear la expresión «usucapación *secundum tabulas*» para designar a la forma regulada por el artículo 35 L. H., ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II-9 (6.^a edición). SANZ destaca en estos términos las diferencias en la terminología: «La *usucapación tabular* y la *usucapación secundum tabulas* son conceptos diferentes... La *usucapación tabular* actúa exclusivamente en virtud de datos registrales, sin necesidad de ningún otro requisito y con absoluta independencia de la *usucapación civil*; precisamente, por ello, y por basarse no en situaciones de hecho, sino en apariencias formales exclusivamente, no es una verdadera *usucapación*. En cambio la *usucapación secundum tabulas* es la *usucapación normal* en Derecho civil, que desvuelve sus efectos en favor del titular inscrito», SANZ, *Instituciones*, I, p. 531. Puede observarse, sin embargo, cómo en el Derecho alemán se utiliza la expresión «*usucapación tabular*» (*Tabularersitzung*) y se exige, no obstante, además de inscripción, posesión en concepto de dueño (900 B. G. B.).

La llamada *usucapación tabular* ha sido objeto de crítica. El poseedor merece premio a su diligencia por la permanencia en su situación; por eso no se pueden subordinar los efectos de la *usucapación* a la inscripción o anotación de la posesión en el Registro, PORCIOLES, *La prescripción y el Registro*, loc. cit., p. 170-171.

En general los Códigos, a excepción del austríaco (arts. 1.467 y 1.469) que daba acogida a la *usucapación tabular*, requieren la posesión de hecho, en esta forma de *usucapación* (arts. 661 C. c. Suízo, § 900 B. G. B.), cfr. WIELAND, *Les Droits reels*, I, p. 16 y ss. Entre nosotros se afirmó la repercusión del sistema austríaco por J. GONZÁLEZ MARTÍNEZ y CAMPUZANO, cfr. PORCIOLES, *op. cit.*, página 174; mas, en verdad, la *usucapación* de los bienes inmuebles tal como se regula en el C. c. puede producirse sin necesidad de inscripción, tanto en forma ordinaria como extraordinaria. En el sistema alemán, en cambio, debido a la exigencia de inscripción en la transmisión de los inmuebles, el Registro está presente en la única forma de *usucapación* de los mismos que regula su Código civil (§ 900 B. G. B.). Los requisitos exigidos son, inscripción del derecho, posesión en concepto de dueño y transcurso de treinta años. No se precisa buena fe. STAUDINGERS, *Kommentar*, B. G. B. (Berlín 1956), III-1, p. 343.

El sistema italiano admite, como el nuestro, dos formas de *usucapación*, de largo y corto plazo. Sólo en la *usucapación* abreviada la inscripción es un requisito más, exigido, en todo caso, junto a la posesión, el título, la buena fe y el plazo (arts. 1.159 y 1.162 C. c.). Cfr. GENTILE, *Possesso* (1965), p. 377 y ss. Con diferentes razones se ha justificado esta necesidad de inscripción: Por dar apariencia exterior de adquisición válida *a domino* (COVIELLO, NICOLA); por la buena fe (comportamiento normal); por ofrecer mayor oportunidad al *vetus dominus* de conocer la *usucapación* (PUGLIATI). No es preciso que el título del causante estuviese inscrito, aunque de no ser así podría dificultarse la buena fe del adquirente. El tiempo se cuenta desde la fecha de la inscripción (excepto

En nuestro Derecho regula esta materia el artículo 35 L. H., novedad de la última reforma de la Ley. Admitida anteriormente la inscripción de posesión, se consideraba a la usucapión, apoyada en la posesión inscrita, un refuerzo de esa titulación supletoria, que la hacía segura (3). Suprimidas en la última reforma las inscripciones posesorias (art. 5 L. H.), se da entrada en el artículo 35 a una concreta regulación de la usucapión, que, al decir de la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, «convalida y ratifica las situaciones registrales» y, por ello, «supone para el sistema un poderoso refuerzo». Este precepto, contemplando cada uno de los elementos que determinan la usu-

en titularidades condicionales), porque con ella se presume el comienzo de la posesión de hecho. Puede demostrarse que la posesión se obtuvo en fecha posterior, desde la cual se comenzaría el cómputo, MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»* (Milán, 1968), p. 300-301.

(3) La Ley Hipotecaria de 1861 admitió la inscripción de posesión (artículos 397 y ss.), pero sin atribuirle los efectos de la inscripción de propiedad, «a menos que la prescripción haya consolidado y asegurado el derecho» (art. 34). «Cuando la inscripción de la posesión es de fecha remota —pudo afirmar GÓMEZ DE LA SERNA—, cuando por concurrir en ésta todas las circunstancias que la Ley exige para adquirir el dominio de las cosas inmuebles, se consuma la prescripción, y aparece en el registro este transcurso del tiempo que alguna vez por sí sólo basta para convertir al poseedor en dueño, por no haber sido disturbado el que inscribió la posesión, no puede negársele el derecho de ser equiparado en los efectos al dominio, porque realmente lo es, aunque cuando se inscribió la posesión, no existiera, o no pudiera acreditarse. Las inscripciones de posesión, cuando por el tiempo señalado en cada caso no es interrumpida, vienen de este modo a convertirse en títulos de dominio», *Ley Hipotecaria*, I (Madrid 1862), p. 640.

En términos muy parecidos se expresa la Ley Hipotecaria de 1869 (cfr., artículos 397 y ss. y 34 *fine*), puntualizando: «el tiempo de posesión que se haga constar en dichas inscripciones como transcurrido, cuando éstas se verifiquen, se contará para la prescripción que no requiera justo título, a menos que aquél a quien ésta perjudique no lo contradiga, en cuyo caso deberá probarse dicho tiempo de posesión con arreglo al derecho común» (art. 403, párrafo II); cfr. GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, II (Madrid 1903), páginas 402-407 y IV, p. 584 y ss., especialmente p. 630 a 656.

En la Ley Hipotecaria de 1909, «las inscripciones de posesión... se convertirán en inscripciones de dominio... cuando hayan transcurrido treinta años desde la fecha de la inscripción, siempre que del Registro no aparezca asiento alguno posterior de información posesoria o demanda que la afecte o contradiga» (art. 399). Este artículo, tras sufrir una modificación en 1927, quedó redactado en estos términos: «Las inscripciones de posesión... se convertirán en inscripciones de dominio... cuando hayan transcurrido diez años desde la fecha de la inscripción, siempre que en el Registro no aparezca asiento alguno posterior de información o certificación posesoria o demanda que la afecte o contradiga» (texto del artículo 399 después de la Reforma de 1927).

D. JERÓNIMO GONZÁLEZ justificaba así esta reforma: «El artículo 399 de la Ley Hipotecaria exigía una posesión tabular de treinta años para que la inscripción de posesión se transformase en inscripción de dominio. Este precepto, transcrito de la Ley de 21 de abril de 1909, no se conciliaba mucho con el carácter de poseedor de buena fe atribuido por la misma Ley al titular según el Registro, y de aquí la necesidad de reformar el número 1.º del citado artículo 399 en el Real Decreto que comentamos, exigiendo tan sólo el transcurso de diez años desde la fecha de la inscripción», *Estudios*, II (Madrid, 1948), p. 71.

capión, presume la buena fe y la posesión *ad usucapionem*, y en cuanto al justo título, se expresa en los rotundos términos, «será justo título la inscripción». De los tres elementos que toma en consideración, centraremos nuestra atención en la problemática de la inscripción, en cuanto justo título de usucapión.

2. Planteamiento de la cuestión

§ 2. La letra del artículo 35 L. H., en lo referente al justo título de usucapión, plantea dificultades interpretativas. Al decir este precepto, «a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción», y precisamente por la equiparación que tal texto parece contener, podría pensarse que la inscripción puede, en algunos casos, suplir al justo título o configurarlo y caracterizarlo de manera distinta a como se ofrece en la realidad. Lo chocante de este resultado, aunque pudiera entenderse basado en la letra de la ley, impone plantear este doble interrogante. ¿Puede la inscripción suplir al justo título de usucapión? De no ser así, ¿qué ventajas ofrece en orden a la usucapión?

Quizá parezca que la respuesta a estas cuestiones carece de interés práctico, teniendo en cuenta que la usucapión ordinaria exige, junto al justo título, buena fe, y en múltiples ocasiones las irregularidades del título serán conocidas del titular registral, impidiendo la existencia de buena fe. Mas, esta objeción no impide que existan supuestos en los que la nulidad del título coexista con la ignorancia por parte del sujeto de la causa de invalidez (4) (cfr. § 9). Además, aun admitida en el terreno hipotético la mala fe del titular de la inscripción, en el terreno práctico éste cuenta a su favor con una presunción de buena fe, en ocasiones quizá más difícil de atacar procesalmente que la nulidad del título.

Estas consideraciones hacen recomendable proceder al análisis de las preguntas antes propuestas.

3. Cuestiones previas

§ 3. Antes de intentar responder a las preguntas anteriores, han de plantearse y resolver dos cuestiones previas. ¿La inscripción transforma los vicios del título inscrito? ¿La nulidad del título puede determinar la de la inscripción?

Del artículo 33 L. H. despréndese que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. La inscripción carece de fuerza para sanar los vicios del acto inscrito. El título nulo

(4) Así resulta en el caso contemplado por la S. del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1970. Sobre dicho fallo vid. § 12.

lo sigue siendo, también, después de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y no puede, por tanto, por sí mismo, ser considerado justo título de usucapión (5). Mas ello no impide, formalmente, que, en caso de nulidad del título material, pueda tener la inscripción el carácter de justo título, de no ser ella también nula. Es precisamente esta posibilidad formal la que da entrada a la situación problemática que a través de estas líneas pretendemos considerar.

En cuanto a la segunda cuestión, la doctrina se encuentra dividida. Si la nulidad del título material determinase la de la inscripción, ésta no podría, en tal caso, producir efectos, no siendo posible su equiparación al justo título de usucapión. A este respecto, ROCA SASTRE sostiene que la nulidad del título lleva consigo la de la inscripción, pero reconoce en ella efectos derivados de la legitimación registral (6). SANZ, en cambio, advierte que la nulidad de la inscripción sólo puede ser formal, esto es, proveniente de vicios o defectos de la propia inscripción, pero no material, proveniente del título inscrito (7).

Superando la abstracción con que se ha planteado esta cuestión en ocasiones, procede afirmar, distinguiendo dos órdenes de implicaciones, que aunque la nulidad del título haga siempre cancelable a la inscripción (arts. 79-3, 40, 220 L. H.), no excluye que ésta pueda producir ciertos efectos fundados en la apariencia que engendra (8). La nulidad del título material no impide, pues, a la inscripción desplegar un cierto grado de eficacia; dentro de este grado de eficacia, ¿le cabrá hacer las veces de justo título de usucapión?

II. LA PRETENDIDA EQUIPARACION DE LA INSCRIPCION AL JUSTO TITULO DE USUCAPION

1. Referencia doctrinal

§ 4. Algunos autores de reconocida autoridad se han mostrado partidarios de la equiparación de la inscripción al justo título. La letra del artículo 35 L. H. se ha considerado decisiva para sostener que la inscripción hace las veces de título hábil para la usucapión. «Ante lo terminante del precepto —afirma ROCA SASTRE—, huelga o es ocioso

(5) LACRUZ, *Derecho inmobiliario*, p. 201-202; SANZ FERNÁNDEZ, *Comentarios*, p. 231 y ss.; *Instituciones*, p. 482 y ss.; LA RICA, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, p. 91 y ss.; ROCA SASTRE critica el artículo 33 L. H. por considerarlo innecesario, pero en general este precepto ha merecido una crítica favorable, desde GÓMEZ DE LA SERNA, pasando por GALINDO y ESCOSURA, cfr., ROCA SASTRE, I (5.^a ed.), p. 557.

(6) ROCA SASTRE, «como la inscripción es algo accesorio o al servicio del acto inscrito, la nulidad de éste, envuelve al asiento, que lo exterioriza, contaminándole de su nulidad», *Derecho Hipotecario*, III (5.^a ed.), p. 354.

(7) SANZ, *Instituciones*, I, p. 486.

(8) LACRUZ opina que en estos casos procede la cancelación del asiento por nulidad del título, *Derecho inmobiliario* (1968), p. 303.

querer penetrar en el examen de la validez, idoneidad o existencia de un título documental base de la inscripción correspondiente, pues aunque éste, como caso insólito no hubiera existido, la inscripción existiría y haría las funciones de tal *título justo* a efectos de la usucapión ordinaria. El artículo 35 dispone que la inscripción *es justo título* para la usucapión y con esto basta, pues mientras tal inscripción subsista o no esté cancelada, despliega la fuerza de *iusta causa usucapionis* a los fines del artículo 35 que comentamos. Y esto aunque tal inscripción lo sea de inmatriculación» (9). Esta interpretación se ofrece con la seguridad de que «no violenta a nuestro sistema hipotecario», porque «la inscripción hace las veces de título en tanto ella subsista, y no impide, por tanto, que el *verus dominus* ejercite su acción reivindicatoria o confesoria y logre, en consecuencia, su cancelación en tanto la usucapión no se haya consumado» (10). Mas este paliativo no impide que se atribuyan a la inscripción unos efectos que la cancelación interrumpe, pero no borra. Si la inscripción no ha sido atacada, por vicios del título, durante el período de tiempo necesario para que se consume la usucapión ordinaria, producirá los mismos efectos que el justo título de usucapión, sin que pueda impedirlo la posterior cancelación de la misma (11).

En paralela dirección se sitúa LACRUZ, quien refiriéndose al artículo 35 L. H., dice: «El carácter absolutamente afirmativo de esta parte del precepto... da a entender bien claramente que la inscripción no supone una presunción *iuris tantum*, de título, sino que la inscripción misma del acto nulo es el título» (12). Son, igualmente, aquí encuadrables, AZPIAZU (13), LA RICA (14), DÍAZ GONZÁLEZ (15) y NÚÑEZ LAGOS (16).

2. Consideración crítica

§ 5. La equiparación de la inscripción al justo título de usucapión, tal como se sostiene por la doctrina, aunque aparentemente

(9) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II (6.ª ed.), p. 12-13.

(10) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II (6.ª ed.), p. 14.

(11) ASÍ ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II (6.ª ed.), p. 14.

(12) LACRUZ, *Derecho inmobiliario* (1968), p. 202.

(13) AZPIAZU, *Más sobre el tema de la prescripción y el Registro*, R.C.D.I. (1945), p. 428.

(14) LA RICA, *Comentarios a la reforma de la Ley Hipotecaria*, p. 99.

(15) Este autor habla de una presunción *iuris et de iure* de justo título. Sorprende, por ello, su afirmación de que el artículo 35 L. H. no modifica la doctrina del Código civil sobre prescripción ordinaria, DÍAZ GONZÁLEZ, *Iniciación a los estudios de Derecho hipotecario*, I (1967), p. 177 y 178.

(16) «Mientras no se extinga el asiento, la inscripción es justo título irremediamente y una vez pasado el plazo de usucapión ordinaria, sin posible prueba en contrario... Transcurrido el plazo para la usucapión ordinaria, ésta podrá impugnarse por haber faltado la posesión de hecho, pero no por el título, si ha habido inscripción», NÚÑEZ LAGOS, *Dos acciones y un solo artículo*, Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, II (1951), p. 17-18.

acorde con la letra del artículo 35 L. H., es criticable desde dos obligados puntos de referencia, la función jurídica asignada a la usucapión ordinaria y el sistema de efectos protectores derivados del Registro de la Propiedad. Esta doble confrontación sistemática es necesaria, pues la eficacia que en este orden se concede a la inscripción, deriva de la virtualidad protectora del Registro de la Propiedad y se proyecta hacia la usucapión.

a) CONSIDERACIÓN DEL JUSTO TÍTULO DE USUCAPIÓN

aa) *Análisis comparativo de la inscripción y el justo título de usucapión*

§ 6. Contemplada la equiparación de la inscripción al justo título desde el plano de los requisitos del justo título, exigidos por el Código civil en la usucapión ordinaria, resulta contradictoria, o al menos, perturbadora. Tal equiparación abre la posibilidad de que en muchos casos pueda producirse la usucapión ordinaria sin necesidad de justo título, o, lo que también es grave, de que el derecho cuya adquisición ella determina venga configurado por la inscripción en forma diferente a la prevista en el título material válido, por divergencias entre el acto inscrito y la inscripción, consecuencias ambas que resultan particularmente chocantes, si se tiene en cuenta el espíritu de armonía con el Código civil que parece animar al artículo 35 L. H. Sus palabras iniciales, «a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, y la propia Exposición de Motivos, con que lo presentaba el Legislador en 1944 (17), son exponente de la intención de encajar las ventajas derivadas del mismo en el marco de la usucapión del Código.

En el sistema del Código la usucapión ordinaria exige, junto a la posesión, justo título y buena fe (18). La exigencia del justo título determina la función jurídica que a ella le toca desenvolver. De las dos posibles causas que impiden se produzca la transmisión de un derecho, falta de titularidad o imposibilidad de transmitir el derecho de un lado, y vicios del título transmisivo de otro, la usucapión ordinaria está llamada a subsanar la falta de titularidad del causante, pero no los vicios del título (19). Para cumplir esta función, el Código

(17) Cfr., § 1.

(18) El título putativo, cuya estimación hace que aumente la relevancia de la buena fe, no es admitido en nuestra usucapión ordinaria. Sobre su relevancia histórica, OURLIAC-MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé. Les biens* (París 1961), p. 284-285.

El pandectismo entendió el título de usucapión, ya como justificación objetiva de la buena fe, ya como elemento independiente, WINSCHIED, *Pand.*, § 178. En nuestras leyes buena fe y justo título se consideraban elementos independientes, GUTIÉRREZ, *Códigos* (1881), p. 76.

(19) Cfr. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»* (Milán 1968), núm. 16.

civil invoca al título de carácter sustantivo y no al meramente formal. Es justo título, para él, el que legalmente baste para *transferir* el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate (art. 1.952) (20), y ha de ser verdadero (21) y válido (art. 1.953) (22).

Por esta razón, la inscripción, título de carácter formal (23), aunque tenga enormes posibilidades de ser exponente de un justo título sustantivo, ni es en sí misma el justo título material que invoca el Código civil, ni tampoco parece que deba desplegar en la usucapión ordinaria la misma eficacia jurídica de aquél (sin prejuzgar su existencia). Haciendo a la inscripción exponente de idéntica eficacia jurídica que el título de usucapión se perturba el sistema de ésta, sistema invocado, por cierto, por el propio artículo 35 L. H. y al introducir, en el mismo, este elemento extraño, en ocasiones se transformará su función. Caso de inexistencia o nulidad del título material, se hará posible la usucapión ordinaria sin justo título, lo cual es difícilmente concebible desde el Código civil. Caso de que el derecho referido en el título sustantivo aparezca diversamente configurado que en la inscripción, la adquisición se producirá conforme a la inscripción, al margen de la voluntad (consentimiento) de las partes, que cristalizó en el título material. Caso de existir circunstancias incidentes sobre la transmisión, como condición, término, causas de anulabilidad.

(20) Título, entendía COVARRUBIAS, es «*causa ex se habilis ad translationem domini*», sentido en que se aplicaba a la usucapión. En este punto sigue la opinión de CINO, PABLO DE CASTRO y BALBO. «*Tametsi frequentissime ex titulo isto sufficienti ad translationem domini non transferatur dominium ipsum, sed tantum usucapiendi conditio: idque variis ex causis contingit, maxime ex eo quod is, a quo titulus habetur, dominium non habebat, nec poterat illud transferre in alterum, cui titulum concessit*», COVARRUBIAS, D., *Opera omnia*, II (Caesaraugustae 1583), p. 819, 2.^a col. También ASSO-DE MANUEL, «el justo título consiste en que la causa por que se posee la cosa sea de aquéllas, por cuya razón se adquiere el «dominio, como compra, donación, herencia», *Instituciones del Derecho civil de Castilla* (Madrid 1775), p. 184. «Justo título quiere decir uno de aquellos que son traslativos de dominio, por ejemplo, la donación, la venta», afirmará más tarde GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos*, I (Madrid 1886), p. 608.

(21) Esto es, no simulado, no putativo, Díez PICAZO, *Lecciones*, III (1967), página 200.

(22) Es nulo el título cuando adolece de algún vicio que determine su nulidad. «No se pide, naturalmente, un acto eficaz, pero sí un acto celebrado con todos los requisitos materiales y formales exigidos por la Ley para su perfección», LACRUZ, *Derecho inmobiliario* (Barcelona 1968), p. 224.

La falta de titularidad del *auctor* no afecta a la validez del título, cfr. Díez PICAZO, *Lecciones* .III (1967), p. 201, ella se suple, precisamente, con la usucapión ordinaria. La falta de capacidad puede determinar en algunos casos su nulidad (ej. interdicción civil), cfr. CASTRO, *Compendio de Derecho civil* (Madrid 1970), p. 196, 247, 253, 257.

(23) NÚÑEZ LAGOS, afirma acerca del art. 35 L. H.: «No es una presunción *iuris tantum*. Es una sustitución de título formal. El título sustantivo ha cambiado de forma documental: se ha vestido con la inscripción», *La fe pública especial*, R. D. N., 20, p. 36. No es exacto entender que no hay presunción *iuris tantum*, pues, a efectos de la usucapión, es necesario el título sustantivo, que ha de ser presumido, a partir de la inscripción (título formal).

que no consten en el Registro, la usucapión ordinaria podrá obstaculizar e impedir su normal eficacia.

La posibilidad de que se produzca alguna de estas situaciones es clara. Además de la falibilidad del Registrador, al ejercer su función calificadora y de posibles errores en la inscripción, en muchos de estos casos hay circunstancias de hecho que escapan a la calificación. Al Registrador no le constan las circunstancias de hecho que determinan la inexistencia o nulidad (ejemplo, inscripción de testamento notarial revocado por ológrafo, simulación absoluta), o aquéllas que han producido una discordancia entre el título formal escriturario y lo verdaderamente querido por las partes en el acto transmisorio (simulación relativa, negocio fiduciario, error en la redacción del documento notarial) o algunas de las que determinan o pueden determinar la ineficacia de la transmisión (ejemplo, condición resolutoria, o término que no conste en el documento inscrito, por simulación de las partes o error en su redacción; violencia ejercida por tercero para obligar al propietario a donar una finca a otra persona y continuada posteriormente para que no se la reclame).

bb) *El título adquisitivo y la configuración de la posesión*

§ 7. La posesión *ad usucapionem* puede existir en la realidad, al margen de la presunción del artículo 35 (24), tanto si el título no existe o

(24) El art. 35 L. H. establece, sin lugar a dudas, una presunción *iuris tantum* de posesión *ad usucapionem*, S. T. 24 junio 1967, 16 noviembre 1967, 5 abril 1961, 6 mayo 1961, 23 enero 1963, 10 junio 1955. PORCIOLES, *Prescripción y Registro*, A. A. M. N., III, p. 279; LACRUZ, *Derecho inmobiliario* (1968), página 181 ss.; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II (6.^a ed.), p. 15. Esta presunción se relaciona con la del art. 38 L. H. Para impedir la prescripción adquisitiva basta con probar que, por la interrupción de la posesión (art. 1.944 y concordantes C. c.), no ha podido completarse el plazo legal de usucapión. La prueba contraria puede destruir, para el caso concreto, la presunción de posesión, sin necesidad de atacar la inscripción, ya que la falta de posesión del titular registral no supone inexactitud del Registro, porque éste no publica la posesión (cfr. por contraste § 14). Por otra parte, por derivarse esta presunción directamente de la inscripción, la prueba contraria limita sus efectos al concreto período de tiempo al que se refiera, sin que sea posible proyectarla hacia el futuro, LACRUZ, *Derecho inmobiliario* (1968), p. 183-184.

Se ha debatido por la doctrina la naturaleza de la presunción posesoria del artículo 38 L. H., de la cual es expresión la que consideramos. De las posiciones mantenidas parece rechazable la que entiende presumible la *posesión de hecho* del inmueble, SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, I, p. 499; no sólo porque en la posesión material o física posee quien posee, o por lo facilitada que esté la prueba contraria (ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 6.^a ed., p. 403 ss.) o porque no sea necesaria tal relación fáctica para integrar el concepto de posesión (LACRUZ, *Derecho inmobiliario*, 1968, p. 184), sino también porque al no agotarse la tipología posesoria en la posesión material, parece arbitrario reducir a la misma la presunción de posesión que, sin tales restricciones tipológicas, formula la Ley Hipotecaria. Tampoco parece exacto que en el artículo 38 se establezca una *ficción de posesión*, no atacable demostrándose que no existió posesión, sino a través de la prueba de inexactitud del asiento, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I (6.^a ed.), p. 403 ss. Como paliativo, ha de advertirse que ROCA SASTRE no extiende al art. 35 su interpretación del art. 38, pues respecto a aquel precepto no

es nulo, como si el Registro lo configura de modo diferente a como realmente sea. Esta posesión ha de ser en *concepto de dueño*, lo cual significa, expresión fáctica (por la índole del poder material que se despliega, *corpus*), e intencional (por la voluntad del poseedor) del concreto derecho subjetivo de cuya usucapión se trate. Ante la pluralidad de derechos subjetivos susceptibles de ser adquiridos por usucapión, y la no menos diversa variedad de configuraciones que los mismos pueden adoptar posteriormente, con repercusión sobre la usucapión, la posesión deberá ser exponente del concreto derecho que se va a usucapir. El hecho posesorio, normalmente inexpresivo del concepto en que se posee, es exponente de la actividad del poseedor, dominada por la intencionalidad de actuar conforme a un concreto derecho. A

habla ya de ficción, sino de presunción de posesión, *Op. cit.*, II, p. 17. También se ha querido ver un tipo de posesión civilísima en el art. 38, por su naturaleza puramente espiritual, ESPÍN, *Adquisición de la posesión inmaterial* (Salamanca 1965), p. 99 a 102; BERGAMO, *Usucapión y Registro*, p. 278. Tal equiparación se realiza por el propio Tribunal Supremo (Ss. 20 octubre 1959 y 3 mayo 1963). Sin embargo no debe confundirse a la posesión civilísima con la presumida por el Registro. La denominada, históricamente, posesión civilísima es un tipo posesorio autónomo, que se reconoce por el Derecho en el heredero, antes de entrar en la posesión material de los bienes hereditarios. Aunque esta posesión sea puramente espiritual y proceda, según se afirma, de una investidura, no se destruye porque se demuestre que el heredero no era poseedor material, si los bienes estaban poseídos por el causante; se trata de una ficción que constituye un tipo posesorio autónomo. La presunción posesoria que consideramos en la Ley Hipotecaria, no constituye, en cambio, una categoría autónoma de posesión. Por su carácter se halla limitada a suplir la prueba de la posesión que presume. Es creación del Derecho, pero no inviste de una categoría autónoma de posesión. Ni tan siquiera puede afirmarse con propiedad que sea una investidura posesoria, porque se limita a presumir la posesión sin atribuirla. Otra opinión, la de GARCÍA VALDECASAS, para quien, «en el fondo la presunción de posesión no es más que un desafortunado expediente técnico para atribuir al titular inscrito un derecho a la posesión derivado de la inscripción misma», *La posesión*, p. 81-82, tampoco parece aceptable por resultar demasiado limitada. Puede comprenderse que más bien se trata de una presunción que opera a diferentes niveles de eficacia. Hay en el art. 38 una atribución presuntiva de una forma indiscriminada de posesión, que en cada caso sirve para facilitar la prueba del tipo concreto de posesión que se desee invocar.

Como posesión idónea para usucapir, la del art. 35 ha de presumirse en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (art. 1.941 C. c.).

El Registro presume pública a la posesión (art. 35 L. H.). Esto es importante, pues, aunque sea pública la inscripción, se considera insuficiente tal publicidad y de posible destrucción a través de la prueba contraria. En el punto que consideramos la publicidad del Registro, coadyuba, pero no suplente a la publicidad de la posesión de hecho. Esta debe prevalecer, siempre que resulte de la prueba la clandestinidad de la posesión, o que se ejercitaba de hecho en un concepto diferente.

El carácter pacífico de la posesión, que se deriva presuntivamente del Registro, se enerva al aducir la falsedad del título inscrito, al venir así a demostrarse que la inscripción se ha producido sin el consentimiento del anterior titular.

Se interrumpe la presunción posesoria que consideramos, a través de anotación preventiva de la demanda de impugnación de la inscripción. Esta anotación produce una interrupción condicionada a la estimación de la demanda (comp. art. 1.946, 3, C. c.).

su vez la voluntad del sujeto al referirse a la posesión estará, normalmente, adaptada al título por virtud del cual se adquirió (objetivación del *animus*; cfr., art. 436). El título de adquisición cristaliza la voluntad del poseedor y el derecho la presume subsistente, salvo que se demuestre la inversión. Puede, por ello, decirse que el título de adquisición configura, en principio, el concepto en que se posee (25) y el derecho que se adquirirá por usucapión (*tantum praescriptum quantum possessum*).

En la usucapión ordinaria debe existir armonía entre el derecho al que se refiere el título (justo título) y el concepto en que se posee. Caso de discordancia entre el contenido del verdadero título y el de la inscripción, surge la cuestión de si el «concepto» posesorio debe entenderse configurado por el Registro o por el título sustantivo. Esta cuestión es importante, pues de afirmarse que el título material predetermina la configuración del concepto posesorio, aducida la inscripción como justo título, no podría producirse, en base a ella, la usucapión ordinaria, por discordancia entre el justo título alegado y el «concepto» en que se ha poseído.

La contestación ha de inclinarse hacia el título que verosímelmente haya podido influir en la intencionalidad del poseedor, no en el plano concreto de cada poseedor, pues ello obligaría a salir del módulo presuntivo en que discurre el artículo 35, y a entrar en la prueba de cada situación particular, sino en el plano de los datos generales con que juega esta norma. En el terreno de la presunción posesoria que ella establece parece obvio que será a la inscripción, en cuanto justo título, a la que ha de atribuirse el papel de configurar la posesión presumida. Más allá de esta presunción se llega a parecido resultado. Presumida la buena fe en la Ley Hipotecaria, especialmente para el ámbito de la usucapión registral (art. 35), hay que entender, en principio, que el sujeto desconoce la discordancia entre el contenido del verdadero título y el del Registro y por tanto, en términos generales, su actuación posesoria ha venido verosímelmente predeterminada y configurada por la inscripción.

b) CONSIDERACIONES DE LA BUENA FE EN LA USUCAPION

§ 8. La equiparación en la eficacia de la inscripción al justo título, defendida por la doctrina que venimos considerando, ofrece una nueva dificultad, al ser contrastada con la construcción técnica de la buena fe en la usucapión, que ofrece el Código civil español.

La buena fe, en el sentido que interesa a la usucapión ordinaria, es un estado psicológico (26), que estriba en una inadecuada representación de la realidad jurídica. Por el error que sufre, el sujeto ha llegado a considerar como realmente existentes ciertos elementos, pre-

(25) MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»* (1968), p. 216; ROMERO CERDEÑA, *Inscripción de posesión*, R. C. D. I. (1934), p. 195.

(26) MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»* (1968), p. 603 ss.

supuesto de una determinada protección jurídica, que, precisamente a causa de su error, estima merecer. Así el que juzga haber adquirido la propiedad, desconociendo la falta de titularidad del transmitente, confía poder ser protegido como propietario. Aunque el defecto de la adquisición impida esa protección, la buena fe del sujeto merece, en ocasiones, especial tutela, distinta, desde luego, de la que confiere la titularidad de un derecho subjetivo.

Aunque todo concepto psicológico de la buena fe, deba hacer referencia al error que padece el sujeto (27), el Derecho, al reconocer efectos protectores a este estado, puntualiza, además, para cada tipo de efectos, la excusabilidad o inexcusabilidad del error que el sujeto padece. De esta manera se produce una diversificación de la buena fe, no sólo por el objeto o materia a que el error se refiere, sino por la forma concreta de regularse el grado de excusabilidad del error. Así, por ejemplo, la buena fe del poseedor en general y la específica del poseedor *ad usucapionem*, se refieren a una misma materia, pero encierran matices de grado diferente (28).

Si consideramos la buena fe en la usucapición, advertimos que el error del sujeto se refiere a su titularidad; se cree titular cuando, en verdad, no ha llegado a serlo. Considerando este error desde el plano psicológico, puede surgir por variadas causas: desconocimiento de los vicios del título adquisitivo, ignorancia de la ausencia de titularidad del transmitente o de la causa que le impedía transmitir el derecho. Al descender de este plano psicológico al jurídico y considerar el grado de excusabilidad del error, se comprueba el concreto perfil técnico que tiene la buena fe en la usucapición ordinaria. La necesaria presencia del justo título (verdadero y válido, art. 1.952, 1953 del Código civil) hace irrelevante al error que en el terreno del título haya padecido el sujeto, y de ahí que no se tenga en cuenta por el Código al decir, «la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio» (art. 1.950).

Los términos en que aparece normalmente concebida la buena fe de la usucapición no serían extensibles a la que presume el artículo 35 si se admite como posible, la usucapición sin justo título, o con un título cuyo alcance sea diferente del verdadero (cfr. § 6). Para salvar esa consecuencia, caso de no ser posible otra interpretación del artículo 35, habría de exigirse en la buena fe, además de los requisitos normales del artículo 1.950, la creencia en que la inscripción, en cuanto título

(27) La buena fe se apoya, según afirmó WINDSCHEID, en un error excusable.

(28) Pese a la remisión del art. 1.951, se debe deslindar la buena fe general de la posesión, de la buena fe en la usucapición. Además del ámbito sobre el que ambas se proyectan, existe otra diferencia señalada por ESPÍN, en base a la diferencia de terminología empleada por el Código civil, «*ignorancia*» (art. 433) y «*creencia*» (art. 1.950), *Función del justo título*, R. D. P. (oct. 1968), p. 833, 834, 836.

no adolece de vicios y es exponente del título verdadero. Por este camino se pone una vez más de manifiesto lo perturbadora que resulta la equiparación de la inscripción al justo título.

bb) *Proyección de la buena fe sobre las irregularidades del título*

§ 9. Como acaba de señalarse, una de las consecuencias de la equiparación de la inscripción al justo título es la necesidad de introducir una modificación en la noción de buena fe en la usucapión. La posible ausencia del justo título obligaría a ampliar el campo de proyección de la buena fe. Cierto es que esta consecuencia no es un obstáculo tan fuerte, para la aceptación de la teoría, como las contradicciones que suscita a propósito del «justo título» (§ 6), pero es exponente del grado de perturbación que crea. No obstante esta perturbación, vamos a señalar, siguiendo la corriente de la teoría que criticamos, cómo puede proyectarse la buena fe sobre las irregularidades del título. Con ello, no sólo se explicará la aludida transformación de la buena fe, sino la posibilidad fáctica de que las irregularidades del título, suplidas por la inscripción, estén acompañadas de una creencia del sujeto en la verdad y perfección de la propia inscripción, como expresión del justo título, posibilidad que dará entrada, prácticamente, a la anómala consecuencia de la usucapión ordinaria sin justo título.

La nulidad o inexistencia del título puede ser desconocida para el sujeto por error de hecho (ejemplo heredero putativo en base a testamento notarial revocado por ológrafo, violencia ejercida por tercero para obligar a donar cfr., art. 1.301-II C. c., compra a un *falsus procurator*) o de derecho (desconocimiento del alcance del incumplimiento de ciertos presupuestos de la transmisión). La discordancia entre la configuración del título material y la inscripción es compatible con la buena fe del titular registral cuando éste, sin ser tercero, no haya intervenido personalmente en el acto adquisitivo. Es el caso del heredero del adquirente, o de quien actuó a través de representante en el acto de la adquisición, si el representante, quizá con intenciones torcidas, no le dio cuenta del verdadero alcance del negocio celebrado, alcance que no consta en la escritura inscrita (29).

(29) Cfr. LACRUZ-ALBADEJO, *Derecho de Sucesiones, Parte general* (Barcelona 1961), p. 54; GENTILE, *Il possesso* (Torino 1965), p. 383-384; NAVARRETE, *La buena fe de las personas jurídicas en orden a la prescripción adquisitiva* (Roma 1959), p. 138 ss.

El título de usucapión del heredero no debe ser independizado del título de adquisición de su causante. Así lo destaca, acertadamente, LACRUZ, siguiendo a STOLFI: «La herencia, en definitiva, como causa de una adquisición, no es un título parejo a los demás, sino la expresión de la fusión de la titularidad del causante y del causahabiente, de modo que no constituyan más que una sola, y que el heredero pueda considerar como su *auctor*, no al *de cuius*, sino a la persona de quien él adquirió a título particular», LACRUZ-ALBADEJO, *Op. cit.*, p. 54-55. Este entronque de la situación jurídica del heredero con la de su

c) CONSIDERACIÓN DE LA PROTECCIÓN QUE DISPENSA EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

§ 10. Desde otro punto de vista suscita dudas la interpretación del artículo 35 L. H. que estamos considerando. Este punto de vista no es otro que el del sistema normal de protección de nuestro Registro de la Propiedad. La plena equiparación de la inscripción al justo título puede implicar, transcurrido el tiempo de usucapión ordinaria, una protección definitiva al titular registral en parte derivada *abstractamente* de la inscripción, protección que bien mirada también choca con el sistema protector general de la Ley Hipotecaria.

Nuestro Derecho Inmobiliario Registral deriva de la inscripción dos órdenes de efectos, unos provisionales y otros definitivos (30). En el primero de estos órdenes (legitimación), la inscripción por las garantías de que está rodeada, engendra, mientras no sea impugnada, una presunción *iuris tantum* de pertenencia del derecho al titular registral (art. 38 de la Ley Hipotecaria). Tal presunción es un efecto general de la inscripción, que deriva directamente de ella misma y que se produce en cada momento, provisionalmente, pese a la posible invalidez del título o de la misma inscripción, a la que, en definitiva, está subordinada. En el segundo de estos órdenes, referido a la protección al tercero registral (arts. 32, 34 L. H.), los efectos definitivos no pueden producirse al margen de la validez del título material del sujeto protegido. La doctrina sostiene, con acierto, que tanto el artículo 32 como el 34 L. H. requieren que sea válido el título adquisitivo; la protección que otorga el Registro no puede beneficiar a aquél cuyo título adolece de un vicio que lo invalida. Las consecuencias propias de la nulidad de un título pueden tener un límite en la protección que el Registro conceda a un tercero, pero no existe bajo esa circunstancia protección registral en provecho de una de las partes, sobre todo si se tiene en cuenta que el título nulo no deja de serlo por el hecho de la inscripción (art. 33 L. H.) (31) (cfr., Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1970; § 12).

causante es, sin embargo, sobreestimado al decir «*quia haeres personam defuncti repraesentat, et ideo mala fides defuncti in haeredem, et universalem successorum transmittitur*». COVARRUBIAS, *Opera omnia*, II (CaesarAugustae 1583). página 842, col. II. El art. 442 parece zanjar las dudas que pudieran surgir.

(30) LACRUZ, al referirse a este doble ámbito de efectos, emplea las expresiones, «eficacia defensiva de la inscripción», y «eficacia ofensiva de la inscripción»; en la eficacia defensiva incluye la presunción de exactitud, las presunciones posesorias y la acción real registral. En la eficacia ofensiva la protección al adquirente o tercero, *Derecho inmobiliario* (1968), p. 165 ss.

(31) ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II (5.^a ed.), p. 580. LACRUZ afirma: «el defecto del acto adquisitivo podrá ser invocado por el perjudicado..., siempre que sea el asiento causado por dicho acto adquisitivo determinante de la tutela registral», *Derecho inmobiliario* (1968), p. 223-224. Por su parte, AMORÓS GUARDIOLA reconoce que la relación jurídica registral «no despliega sus efectos *inter partes*, las cuales quedarán afectadas por su propio negocio transmisivo civil, sino sólo frente a terceros», *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía* (Madrid 1967), p. 57.

III. HACIA UNA CORRECTA INTERPRETACION DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA

§ 11. Llegados a este punto parece obligado buscar una interpretación del texto, «será justo título la inscripción», que, sin suponer equiparación al justo título, se adapte, en el mayor grado posible, al sentido de su letra. La jurisprudencia y un sector doctrinal, no menos estimable que el anterior, ha sabido reducir la interpretación del artículo 35 L. H. a límites que parecen prudentes. Sus consideraciones son correctas, pero procede precisar aún más, para encontrar apoyo a esta interpretación en la propia letra del artículo 35 L. H., armonizada con el sistema.

1. *Argumentos utilizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo*

§ 12. La jurisprudencia del Tribunal Supremo generalmente se ha inclinado a no admitir en el artículo 35 más que una presunción *iuris tantum* de justo título de usucapión. Mas ha de reconocerse que en casi todos los casos resueltos, los vicios del título iban acompañados de otro hecho, como ausencia de buena fe o de posesión, que impedía la usucapión. Tan sólo en una ocasión ha tenido que aplicar el Tribunal Supremo su criterio, a un supuesto en que estaba presente la buena fe y la posesión.

Son de muy escasa relevancia las sentencias de 3 de junio de 1963 y 3 de junio de 1966, pues el artículo 35 se aduce como un argumento más, no decisivo en el fallo del Tribunal Supremo. En otras, quien pretendía la usucapión tabular carecía de posesión (ss. 4 junio 1960, 11 noviembre 1969), o de buena fe (simulación relativa, S. 6 mayo 1961). Precisamente, por carecer de posesión («vacuidad posesoria») quien alegaba la usucapión tabular, no es de tomar en consideración la siguiente afirmación del Tribunal Supremo, «la inscripción debe estimarse equivalente al justo título para usucapir... aunque esto no implique que sea un título inatacable» (S. 11 noviembre 1969). La mala fe y falta de posesión en nombre propio del mandatario que adquiere e inscribe a su nombre la finca que compró con dinero y a cargo de su mandante, impiden se plantee directamente la cuestión del justo título y la inscripción en la sentencia 26 noviembre 1970. También por falta de buena fe y posesión, en otro caso análogo, no se le admite la usucapión ordinaria, *secundum tabulas*, a la viuda de un representante (Presidente de una cooperativa) el cual, en vida, adquiere e inscribe a su nombre un terreno para la Cooperativa, que ésta posee, de hecho, como dueña (S. 5 abril 1961). Mas en esta sentencia el Tribunal Supremo se excede en argumentaciones en torno al título. Considera que la inscripción en nuestro Derecho Hipoteca-

rio no tiene, en general, carácter constitutivo y el hecho de aparecer una finca registralmente inscrita a nombre de otra persona, no envuelve justo título para usucapir, existiendo, tan sólo, una presunción *iuris tantum* de verdad a su favor, que cede por la rueba en contrario.

El fallo más importante en esta materia se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 mayo 1970. Toda la fuerza de la argumentación contraria a la usucapión se concentra sobre la influencia de la nulidad del título sobre la inscripción. En la venta de unos bienes de propios pertenecientes a un Ayuntamiento, se cometieron por el Alcalde ciertas irregularidades administrativas, que hacían nulo el acto, por no haberse integrado legalmente la voluntad dispositiva de la corporación. No obstante, el acto fue elevado a escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad. Demandando el comprador por el Ayuntamiento, el Tribunal *a quo* le absuelve (usucapión *secundum tabulas*), pero el Tribunal Supremo casa la sentencia por nulidad del justo título. «Un acto nulo, argumenta, no puede producir efecto alguno, ni registral, ni extrarregistral»; además, «por imperativos de la misma naturaleza de la Ley Hipotecaria española... la presunción contenida en el artículo 35 tiene su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien... fue parte en el contrato que provoca la inscripción».

2. Argumentos utilizados por la doctrina

§ 13. Existe en nuestra doctrina un grupo de autores decididos partidarios de no dar mayor alcance al artículo 35 L. H. que el de una presunción *iuris tantum* de justo título de usucapión.

Al poco tiempo de recibir el artículo 35 la redacción actual, SANZ FERNÁNDEZ se expresaba en estos términos:

«Según el Código civil, el título para la usucapión ordinaria ha de ser apto para transmitir el dominio, verdadero, válido y probado (arts. 1.952 a 1.954). Los tres primeros de estos requisitos no se alteran por la Ley Hipotecaria; sí, en cambio, el último.

Frente a la declaración terminante del artículo 1.954, según el cual, el justo título no se presume nunca y debe ser probado, el artículo 35 dice que a los efectos de la usucapión *será justo título la inscripción*. ¿Cuál será el alcance de esta declaración?

A mi juicio, es imposible admitir en absoluto esta afirmación de la Ley dentro de nuestro sistema hipotecario. Si se trata de inscripciones que no sean de inmatriculación, o, dentro de éstas, de las apoyadas en el artículo 205, no hay cuestión, porque el título existe. Cuando se trata de inscripciones practicadas en virtud de expediente de dominio, de acta de notoriedad o de información posesoria, mientras subsistan, el problema se ofrece en términos muy diferentes. Es evidente que las inscripciones de posesión no pueden ser título para la usucapión, ya

que sólo producen los efectos que les atribuyera la legislación anterior y no les es aplicable este artículo 35.

A las practicadas en virtud de expediente de dominio o de acta de notoriedad es difícil concederles el carácter de título. En primer lugar, se violentaría con ello nuestro sistema civil e hipotecario, según el cual, la inscripción no es nunca, por sí sola, título ni modo para la transmisión del dominio. En segundo término, se introduciría una fuerte contradicción con la naturaleza de estos medios de inmatriculación, en que normalmente se parte de la base de la inexistencia del título. Por último, se iría mucho más allá de los efectos de la legitimación registral, de que es consecuencia el artículo 35, ya que, según se vio en otro lugar, este efecto de la inscripción ni puede tener más alcance en nuestro sistema que el de ser una presunción de la existencia de título, ni pasa de ser una simple presunción *iuris tantum*. Existe, pues, una contradicción entre el artículo 38, que establece una presunción *iuris tantum* de título, y el 35, que atribuye, a primera vista, este carácter a la inscripción. Esta contradicción, dado el carácter restrictivo con que necesariamente hay que interpretar este último artículo, con arreglo al artículo 1.954 del Código civil, debe resolverse a favor del artículo 38.

En consecuencia, hay que estimar que el artículo 35 establece una presunción *iuris tantum* del título, derogando en favor del titular inscrito el artículo 1.954 del Código» (32).

La opinión de SANZ, aunque no equipare la inscripción al justo título, no es del todo satisfactoria, pues se conforma con exigir un título formal, previo a la escritura («si se trata de inscripciones que no sean de inmatriculación, o, dentro de éstas, de las apoyadas en el art. 205, no hay cuestión, porque el título existe»). El justo título como antes hemos indicado, no es de índole formal, sino sustantiva (33).

BÉRGAMO señala: «Pese a la reciedumbre de la terminología legal, es dudoso que esta *presunción de justo título*, que el artículo 35 atribuye a la inscripción, constituya un postulado jurídico inatacable. Si pretendiéramos concederle el rango de presunción de *iuris et de iure*, no sólo tropezaríamos con el obstáculo fundamental que opone al artículo 1.954 del Código civil, a tenor del cual «el justo título debe probarse, no se presume nunca», sino que también echaríamos al olvido que la presunción legitimadora, típica de la inscrip-

(32) SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I (Madrid 1947), p. 332. También *Comentarios*, p. 278-279. Este criterio había sido defendido ya con anterioridad por este mismo autor, aunque más tímidamente. «Es dudoso —advertía— si se establece para el título una regla jurídica inatacable, de forma que siempre y sin posibilidad de impugnación, tenga la inscripción aquella consideración, o que deba interpretarse aquí una simple presunción *iuris tantum*, susceptible de prueba en contrario. El nexo que, como se ha visto anteriormente, hay entre los artículos 24 y 35, lleva, a mi juicio, a esta última resolución», SANZ FERNÁNDEZ, *La reforma de la Ley hipotecaria*, R. D. P. (1945), p. 21.

(33) SANZ FERNÁNDEZ, *La reforma de la Ley Hipotecaria*, R. D. P. (1945), página 21, nota 24.

ción, tiene en su fondo, por la propia esencia de las presunciones *iuris tantum*, un simple juego procesal, consistente en echar la carga de la prueba sobre el adversario del Registro. A nuestro juicio, pues, la posición jurídica del usucapiente, a efectos del artículo 35, debe interpretarse de la siguiente forma: la ley prescindiendo de momento de si el usucapiente es un titular verdadero o un mero titular aparente, lo protege con una presunción de existencia de título que desplaza la obligación de probar hacia su contradictor; pero si la impugnación de éste triunfa *in iudicio*, dejará de funcionar la tutela de la apariencia, y el usucapiente, privado de *causa possessionis*, deberá ceder el mejor derecho invocado por el opositor» (34).

JOSÉ MARÍA PEÑA, en un intento conciliador entre la postura de ROCA SASTRE y la sentencia del Tribunal Supremo de 5 abril 1961, conciliación que, por cierto, rechaza posteriormente el mismo ROCA SASTRE (35), sostiene que «será justo título (formal) la inscripción (como ROCA); pero se presume *iuris tantum* la existencia de justo título (en sentido material) a los efectos de la usucapición por el hecho de estar inscrito el dominio a favor de una persona (doctrina de la sentencia que comentamos)» (36).

BONILLA y CHICO afirman por su parte: «De los cuatro requisitos que el título hábil para la usucapición ha de reunir, la Ley Hipotecaria establece que la inscripción es justo título, eliminando con ello la necesidad de la prueba. Lo que la Ley Hipotecaria no establece ni dice nada es sobre que el título sea verdadero, ya que puede suceder que la inscripción se hubiera practicado sin título documental o falsamente, esto es, en virtud de un título putativo; igualmente respecto de la validez tampoco se pronuncia, ya que, en todo caso, el artículo 33 de la Ley Hipotecaria establece que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes». El hecho de aparecer inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de una persona no envuelve «justo título» para la usucapición, existiendo tan sólo una presunción *iuris tantum* a su favor que cede al demostrarse la colisión entre la situación real y la registral (S. 5 abril 1961)» (37).

3. La presunción de justo título y el sentido literal del artículo 35

§ 14. Rechazada la equiparación de la inscripción al justo título, se nos presenta como más razonable la postura que ve en el artículo 35 una mera presunción *iuris tantum* de justo título, pero el argumento del sentido literal de este precepto sigue pesando y exige una cierta puntuali-

(34) BÉRGAMO LLABRÉS, *La usucapición y el Registro de la Propiedad*, A. A. M. N., III, p. 282-283.

(35) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, II (6.^a ed.), p. 13.

(36) PEÑA, José María, *Comentario a la S. 5 abril 1961*, A. D. C., XV, p. 799-800.

(37) BONILLA y CHICO, *Apuntes de Derecho Inmobiliario registral*, I (Madrid 1967), p. 300-301.

zación. ¿Por que la Ley Hipotecaria para presumir el justo título de usucapion se ha expresado en los rotundos términos, «será justo título la inscripción»?

La presunción *iuris tantum* de justo título es consecuencia de una más amplia presunción de titularidad, apoyada en el artículo 38 L. H., pues, según afirma LACRUZ, «la presunción del artículo 38 se basa en la suposición de que el *auctor* del titular inscrito era verdaderamente propietario (o el adquirente un protegido por la fe pública), y en la de la validez y veracidad del título publicado (que no ha de ser necesariamente un acto oneroso). Pues si el derecho realmente existe y pertenece al sujeto que el asiento designa, sólo puede ser concurriendo las dos circunstancias: legitimación del *auctor* y título válido» (38). El artículo 35 aplica la presunción de título adquisitivo a la materia de la usucapión (justo título de usucapión). Ello quizá pueda juzgarse reiteración innecesaria, pero tal reiteración es conveniente, pues podría pensarse que el artículo 38 presume la titularidad (y sus presupuestos) en los casos en que esta titularidad puede ofrecer duda, pero no en aquellos en que, como sucede en la usucapión, se parte de su no existencia. Para evitarlo, se dota al titular registral de un medio cómodo de probar el justo título de usucapión, medio que no implica una prueba plena del mismo, sino un principio de prueba (inscripción) completado por la presunción. Ello supone un límite al artículo 1.954 del Código civil.

Cómo derivada de la legitimación, la presunción que consideramos permite que a partir de la inscripción, se admita, en principio, que el titular registral tiene justo título, pero no que se supla al justo título. El contenido de la inscripción, en cuanto título de legitimación, se toma como verdad sólo provisionalmente, y queda siempre abierto el camino para demostrar que no merece esa consideración. La presunción puede destruirse, antes y después de transcurrir el tiempo de usucapión. En ambos casos, si se demuestra que en la realidad faltó el justo título, puede atacarse *ex tunc* esta presunción, pues prevalece la realidad desde el comienzo.

Por derivar de la inscripción y estar ligada a la legitimación que ella engendra, no basta para destruir la presunción que consideramos la «prueba en contrario» (cfr. art. 1.251). Es además preciso atacar la inscripción de donde ella se hace derivar. Como afirma LACRUZ, nuestro Registro de la Propiedad es sólo «tendencialmente exacto». Para procurar su exactitud emplea la Ley un medio muy limitado, la prohibición de ejercitar acción contradictoria del dominio o derechos reales inscritos... sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente (art. 38 Ley Hipotecaria). Así puede explicarse que el párrafo segundo del artículo 38 se entienda aplicable por el Tribunal Supremo «cuando la

(38) LACRUZ, *Derecho inmobiliario* (1968), p. 176 a 180.

acción que se ejercita persigue la nulidad de un título que haya causado inscripción registral, pues si al anularse el título no se anulara también la inscripción correspondiente, se provocaría una discordancia entre la realidad jurídica proclamada por una sentencia y el contenido del Registro» (S. 22 septiembre 1965).

Con lo anterior quizá pueda explicarse la expresión «será justo título la inscripción». Como manifestación de las normas sobre acciones contradictorias de los derechos reales inscritos, no pretende dotar a la inscripción de mayor eficacia que la meramente probatoria; es exponente de que se exige para destruir la presunción, además de prueba en contrario, la modificación del Registro.

La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones (*)

ORENCIO V. TORRALBA SORIANO
Profesor Adjunto de Derecho civil

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRECEDENTES HISTÓRICOS: A) Derecho romano. B) Derecho medieval.—III. LA CUESTIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS MODERNOS: A) Legislaciones extranjeras. B) Análisis del problema en nuestro Derecho: *a)* Supuestos específicos de responsabilidad por los auxiliares. *b)* Ensayo de una fundamentación general.—IV. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE AUXILIAR DEL DEUDOR: A) La relación entre deudor y auxiliar: *a)* La intervención del auxiliar se produce por iniciativa del deudor. *b)* La cuestión de la dependencia del auxiliar respecto del deudor: auxiliares y sustitutos. *c)* Ambito del concepto de auxiliar en materia contractual y extracontractual. *d)* El problema de la culpa de los auxiliares. *e)* Los daños ocasionales. *f)* Cláusulas de exoneración de responsabilidad. B) La relación entre acreedor y auxiliar

I. INTRODUCCION

La cuestión que aquí se va a abordar, la de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares en el cumplimiento de la obligación, se caracteriza por tratarse de un tema que podríamos calificar de subordinado, en el sentido de que la solución que al mismo se dé depende de unas premisas previas y concretamente de los principios generales que se consideren vigentes en materia de responsabilidad del deudor. Según tales principios la responsabilidad del deudor por sus auxiliares tendrá un fundamento u otro, se admitirá con mayor o menor amplitud y presentará, por consiguiente, unos u otros contornos. Dadas dichas circunstancias cuya evidencia veremos más adelante parece que se trata de un problema secundario, ya que bastaría fijar la normativa general sobre la responsabilidad del deudor y después sería fácil sacar las conclusiones respecto del supuesto concreto de responsabilidad por los auxiliares. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla y su mayor interés se centra, sin duda, en el hecho de que el análisis del problema

(*) Este estudio, que constituyó mi lección magistral en las oposiciones a las Agregaciones de Derecho civil que se celebraron en marzo de 1970, se realizó con la ayuda de una beca de la «FUNDACION MARCH», la cual me permitió trabajar en Munich bajo la dirección del Profesor KARL LARENZ, a quien agradezco su ayuda y consejos.

de la responsabilidad por los auxiliares arroja luz sobre los principios generales que se estiman vigentes y se consideran como los pilares sobre los que se construye toda la teoría de la responsabilidad del deudor, mostrando que las necesidades prácticas de la vida moderna exigen soluciones distintas de las que se desprenden de tales principios. En este punto radica la fecundidad e interés del tema, ya que el mismo permite realizar esa función que CARDOZO ha llamado control continuo o puesta a prueba del sistema conceptual con la justicia y de ésta con el sistema (1).

Esta subordinación del tema a los principios fundamentales que rigen en materia de responsabilidad contractual, se observa en la evolución sufrida por el fundamento mismo que en las distintas épocas se ha querido dar a la responsabilidad por los auxiliares. Recuerda en este sentido Díez-PICAZO que «la doctrina tradicional se inclinaba por admitir únicamente la responsabilidad del deudor cuando él hubiera incurrido en culpa al elegir su auxiliar (culpa in eligendo) o cuando hubiere sido negligente al vigilarlo (culpa in vigilando). La doctrina moderna, sin embargo, con más acierto, se inclina por admitir la responsabilidad del deudor por la culpa de sus auxiliares» (2). Se observa, por tanto, una basculación en la doctrina desde una línea subjetivista, que sólo admite la responsabilidad en el supuesto de que haya mediado culpa, hacía un planteamiento más realista y más concorde con la economía moderna que desemboca en una responsabilidad objetiva (3). Lo cual no significa un abandono total del sistema de la responsabilidad por culpa, ya que como dice el profesor COSSÍO, refiriéndose a la responsabilidad extra-contractual, «la teoría de la responsabilidad se convierte en una simple teoría de la distribución de los riesgos, de las consecuencias económicas derivadas de un hecho determinado, y la idea de culpa pasa a ser tan sólo uno de los criterios, entre otros muchos, que habrán de servir de base para llevar a cabo esta distribución de una manera justa» (4).

(1) CARDOZO, *Il giudice e il Diritto*. Traducción italiana de VINCENZO GUELI Florencia 1961, pág. 20.

(2) Díez-PICAZO, *Lecciones de Derecho civil*, vol. II. Madrid 1965, páginas 388 y 389.

(3) Nuestra doctrina en general sigue en materia de responsabilidad contractual una orientación subjetivista, así CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*. T. III. *Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*. 10.^a ed. Madrid 1967, págs. 189 y ss. ALBADALEJO, *Instituciones de Derecho civil*. T. I. *Parte general y Derecho de Obligaciones*. Barcelona 1960, págs. 564 y ss. ESPIN, *Manual de Derecho civil español*. Vol. III. *Obligaciones y contratos*. 3.^a ed. Madrid 1970, págs. 182 y ss. Ciertas matizaciones al respecto se encuentran en la obra de PUIG BRÜTAU, *Fundamentos de Derecho civil*. T. I. Vol. II. *Derecho general de las Obligaciones*. Barcelona 1959; págs. 417 y ss. Un análisis de la doctrina de estos autores y un nuevo planteamiento del problema se encuentra en la obra del profesor Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. I. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*. Madrid 1970, págs. 694 y siguientes.

(4) COSSÍO, A., *La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho*.

Lo cierto es que la polémica acerca de los fundamentos subjetivos u objetivos de la responsabilidad ha encontrado su sede preferida en materia de responsabilidad extracontractual. Sin embargo —señala ARANCIO RUIZ— no faltan en materia contractual tentativas de rebelión contra los criterios de la responsabilidad subjetiva, que dejan a los deudores demasiadas puertas de escapatoria (5). Sin duda, que uno de los temas donde se descubre con mayor claridad la existencia de las puertas de escapatoria que la doctrinal de la responsabilidad subjetiva deja a los deudores es en el de la responsabilidad contractual por los auxiliares. En efecto, según tal doctrina, el deudor que no haya incurrido en culpa *in eligendo* o *in vigilando* no será responsable del incumplimiento ocasionado por sus auxiliares. Consecuencia injusta para el acreedor, pues como dice LARENZ «si esta posibilidad (la de utilizar auxiliares) no supusiese una ampliación de su esfera de responsabilidad (la del deudor) estaríamos ante un empeoramiento de la posición del acreedor, ya que tal vez éste no pueda obtener indemnización de la persona del auxiliar, aparte de que el mismo auxiliar no se le opone en concepto de deudor, y por ello sólo respondería cuando su falta supusiese un «acto ilícito». Cuantas más personas auxiliares contraten, por ejemplo, un comerciante, un artesano o un empresario y cuanto menos cooperen personalmente en la ejecución de los contratos de obra o suministro concertados con sus clientes, tanto menor sería la perspectiva del cliente para obtener una indemnización en el caso de realización imperfecta de lo convenido, si el empresario hubiese de responder sólo por su propia culpa, y no también por la de sus auxiliares» (6). Por consiguiente, las exigencias modernas desbordan, en el campo concreto de la responsabilidad contractual por los auxiliares, la tesis subjetiva y muestran que el deudor ha de ser responsable del incumplimiento aun en el supuesto de que él personalmente no hubiera incurrido en culpa, *in eligendo* o *in vigilando*. Por ello, no es extraño que la doctrina extranjera se haya preocupado desde hace ya bastante tiempo, en algunos países desde el siglo XIX, de encontrar una justificación a la responsabilidad del deudor por sus auxiliares más allá de los estrechos límites de dicha culpa *in eligendo* o *in vigilando* (7). Viéndose impul-

español. ANUARIO DE DERECHO CIVIL. 1966. T. XIX. Fás. III, pág. 528. En el mismo sentido, CARBONE, V.: *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*. Napoli 1969, págs. 136 y ss.

(5) ARANCIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*. Reimpresión de la 2.^a ed. Napoli 1958, pág. 7.

(6) LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*. T. I., traducción y notas de SANTOS BRIZ, págs. 293 y 294.

(7) Cfr. al respecto, FERRARA, F., *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*. Scritti Giuridici. T. II. Milano 1954, págs. 63 y ss. Este trabajo salió a la luz por primera vez en el «Archivio Giuridico Serafini», Nuova Serie. Vol. XI (LXX de la colección completa), 1903, págs. 401 y ss. Las citas sucesivas se harán con referencia a los «Scritti Giuridici», BECQUE, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*. Revue Trimestrielle de Droit civil. T. XIII, 1914, páginas 251 y ss. La literatura alemana al respecto es muy abundante, baste recordar

sada en esta labor por las exigencias de la economía moderna, como pone de manifiesto la afirmación de ESSER de que la responsabilidad del deudor por sus auxiliares no puede basarse en la «*culpa in eligendo vel custodiendo*», ya que un tal fundamento no resultaría adecuado en una economía como la actual, basada en grandes empresas en las cuales el empresario-deudor no tiene una influencia directa en la realización del trabajo. El fundamento —dice— se encuentra en la protección de la confianza (8). En consecuencia, es necesario revisar la doctrina y ensayar una fundamentación, sobre bases objetivas, de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares. Esta es la labor que se va a intentar en las líneas sucesivas, analizando el problema no sólo a la luz de la evolución histórica y de las doctrinas extranjeras; sino especialmente en nuestro Derecho positivo que es, en definitiva, lo que nos interesa primariamente.

II. PRECEDENTES HISTORICOS

A) *Derecho romano*.—La polémica sobre si en Derecho romano se llegó a admitir una responsabilidad contractual por los auxiliares ha sido muy viva y pueden señalarse nombres de autores que se oponen mientras que otros afirman que, dentro de límites muy estrechos, llegó el Derecho romano a admitir la responsabilidad contractual por los auxiliares (9). Sin embargo, tal vez lo adecuado no sea admitir o

los trabajos de NUSSBAUM, A., *Haftung für Hilfspersonen nach 278 B.G.B. in Vergleichung mit dem gemeinen und Landesrecht*. Berlín 1898. HOFFMANN, R., *Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen nach 278 B.G.B.* Halle 1902. SCHNEIDER, *Der Begriff der Erfüllungshandlungen nach/278 B.G.B.* Ihering Jahrbücher, número 53, 1908, págs. 1 y ss. JOSEF, *Zur Umwendung des/278 B.G.B. auf die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers*. Iherings Jahrbücher, núm. 55, 1909, páginas 260 y ss. BRODMANN, *Die Haftung des Schuldners nach/278 B.G.B. insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers*. Ihering Jahrbücher, núm. 58, 1911, páginas 187 y ss. KRÜCKMANN, *Pflichterfüllung und Rechtsausübung*. Iherings Jahrbücher, núm. 65, 1915, págs. 209 y ss. ZUNFT, F., *Erfüllungsgehilfen und Vertrag zugunsten Dritter im Mietrecht*. Archiv für die Zivilistische Praxis, 153 Band, 1954, páginas 373 y ss. KLEINDIENST, B., *Zur Bedeutung des/278 bei mitwirkendem Verschulden*. Juristenzeitung, 1957, págs. 457 y ss. KLEINDIENST, B., *Die entsprechende Anwendung des/278 B.G.B. bei mitwirkenden Verschulden*. Neue Juristische Wochenschrift, 1960, págs. 2028 y ss. HEISEKE, J., *Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis und/278 B.G.B.* Monatschrift für Deutsches Recht., 1961, páginas 461 y ss., etc. Un análisis detenido y actual del problema de la responsabilidad por los auxiliares se encuentra en la obra de VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*. Padova, 1965.

(8) ESSER, *Schuldrecht*. T. I. *Allgemeiner Teil*, 3.^a ed. Karlsruhe 1968. página 254. En nuestra doctrina GARCÍA AMIGO ha señalado que «el acto del cumplimiento de la obligación del principal por parte del dependiente se mueve siempre en el ámbito económico dirigido por el empresario, y por tanto, es consecuente que le sean atribuidas las consecuencias patrimoniales de tal acto». (*Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid 1965, pág. 151.)

(9) Señala FERRARA que GOLDSCHMIDT, WYSZ y WINDSCHEID niegan la responsabilidad por el hecho de otro en Derecho romano, mientras que RANG, LEONHARD y DERNBURG la admiten dentro de ciertos límites. (Op. cit., pág. 39.)

negar en términos generales tal responsabilidad en Derecho romano. Como siempre sucede en las ciencias jurídicas no es posible hacer afirmaciones rotundas, sino sólo señalar tendencias, matices. Así parece que puede afirmarse que no llegó el Derecho romano a sentar un principio general de responsabilidad por los auxiliares; lo cual no significa que tal responsabilidad no se exigiera en determinados supuestos concretos. Dice al respecto FERRARA que, según el estado del Derecho romano clásico, la responsabilidad por los auxiliares se exigió en el caso del «receptum», en el de la relación «institoria», si bien indirectamente bajo la forma de una garantía legal impuesta al «dominus» en razón del empleo de encargados y en la «locatio conductio operis» (10).

No parece necesario hacer aquí un estudio detallado de los textos romanos, pues no es ésta la finalidad de este trabajo, por lo demás un análisis cuidado del problema en el Derecho romano se encuentra en el estudio de FERRARA citado. Será pues suficiente con que nos limitemos a hacer algunas observaciones en relación con ciertos fragmentos concretos en los que los autores encuentran una responsabilidad por los auxiliares. Uno de estos fragmentos es el Digesto 19, 2, 25, 7 (11). Respecto al cual señala FERRARA, después de un análisis minucioso de las posibles interpretaciones, que no hay más remedio que entender que el principal está obligado al resarcimiento también cuando sólo los auxiliares son culpables (12). Asimismo es de interés el D. 19, 2, 13, 5 (13) en el que se ha estimado que aparece una afirmación indirecta de responsabilidad por los auxiliares en la *locatio-conductio operis*, pues en el texto no se distingue si es el principal o un ayudante el que causa el daño (14). Refiriéndose a la «*locatio-conductio operis*», señala el profesor ALVARO D'ORS que, si se había entregado al *conductor* una cosa mueble, éste respondía por custodia, responsabilidad que comprendía «el deterioro causado por la impericia propia o de los auxiliares» (15).

Un caso de responsabilidad por los auxiliares aparece en el «receptum» (D. 4, 9, 1). Parece que en un principio la responsabilidad

(10) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 43 y 44. BECQUE ha señalado que no es posible conducir tales casos aislados a un principio único, ya que ello implicaría una alteración del sentido natural de los textos. (*Loc. cit.*, pág. 270.)

(11) En el texto indicado se dice: «Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestet, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis coduxerit. Idemque etiam ad caeteras res transferri potest».

(12) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 40.

(13) «Si gemma includenda aut insculpanda data sit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio» (D.19.2.13/5).

(14) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 41.

(15) D'ORS, A., *Derecho privado romano*. Pamplona 1968, pág. 475.

por «receptum» no surgía del simple contrato, sino de una especial asunción de responsabilidad, por ello, se ha deducido que tal caso de custodia no era legal sino convencional. Sin embargo, en tiempo de Paulo, del equipaje y de las provisiones se responde porque representan un accesorio de la *locatio*. Razonamiento que presupone que la obligación de custodia era ya en esta época, consecuencia natural del contrato (16).

Lo cierto es que en determinados textos aparecen manifestaciones de responsabilidad por los auxiliares, la cual fue reconocida en el antiguo Derecho romano y se mantuvo en el Derecho clásico cubierta bajo la capa de la culpa (17). Con esto ya entramos en el problema fundamental que plantea el tema, el de si el deudor responde por los auxiliares sólo cuando él mismo ha incurrido en culpa o también cuando no exista tal culpa, es decir, por el hecho objetivo de utilizar al auxiliar causante del incumplimiento. Estamos pues, situados ante los fundamentos mismos de la responsabilidad del deudor, fundamentos que pueden oscilar del objetivismo al subjetivismo, oscilación que produjo en la misma Historia del Derecho romano, pues como señala ARANGIO RUIZ mientras el pensamiento justiniano aparecerá dominado por una valoración subjetiva del comportamiento del deudor y sobre todo por el concepto de la culpa como límite y fundamento normal de la responsabilidad, los juristas clásicos reducían al mínimo la consideración del estado de ánimo del deudor, para imponerle en determinados casos un cierto riesgo dentro de los límites en los que él esté obligado a responder (18).

B) *Derecho medieval*.—Dentro de este período hay que distinguir la época anterior a la recepción del Derecho romano de la posterior. En la época anterior, el Derecho germánico reconocía en varios casos la responsabilidad objetiva por hecho de otro. Así el dueño debía responder del daño causado por su siervo, el que acogía a un extraño en casa del daño que éste causaba, etc. (19).

La recepción del Derecho romano iba a suponer una gran alteración en el sistema anterior. A partir de tal momento van a surgir dos corrientes distintas. Una, la que sigue el Derecho romano puro, no admitirá una responsabilidad que no esté fundada en la culpa, así BALDO, DONELLO y FABRO. La otra por el contrario, inspirada en las necesidades de la práctica y en las costumbres, admite en ciertos casos una responsabilidad incondicionada por razón de los auxiliares. Siguen

(16) ARANGIO-RUIZ, V., *Op. cit.*, págs. 105 y ss. En el mismo sentido señala el profesor D'ORS que originariamente el *receptum* se refería tan sólo a los accesorios introducidos en la nave o en el hospedaje que no eran propiamente objeto del contrato. Sólo una evolución jurisprudencial posterior implicó, en la misma responsabilidad contractual, la *custodia* de estos efectos accesorios, sin necesidad de expreso *receptum*. (*Op. cit.*, págs. 476 y 477.)

(17) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 53 y 54.

(18) ARANGIO-RUIZ, V., *Op. cit.*, pág. 6.

(19) Cfr. FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 55 y ss. BECQUE, *Loc. cit.*, pág. 271.

esta última orientación BARTOLO, ZASIO, SOCINO y CARAVITA. Parece que la segunda doctrina fue la que obtuvo más predicamento y algunos autores que, en principio, sólo admitían la responsabilidad basada en la culpa, introducían excepciones muy amplias de modo que se alejaban del principio de la culpa (20). Por todo ello, puede concluirse que el Derecho medieval conserva el principio de la responsabilidad absoluta, profundamente radicado en la conciencia jurídica; siendo sólo los intérpretes rigurosos del Derecho romano los que mantienen la idea de la culpa, entrando en contradicción con los sentimientos de la vida comercial (21).

III. LA CUESTION EN LOS ORDENAMIENTOS MODERNOS

A) *Legislaciones extranjeras.*—En los países del *Common law* la responsabilidad por el hecho de los auxiliares se acepta basándola en el principio «qui facit per alium, facit per se» o «respondeat superior» (22). Conviene tener en cuenta que el referido principio parece más racional aplicado a la responsabilidad contractual que a la extracontractual, baste recordar al respecto las siguientes palabras de BRAMWELL: «Por mi parte, no he llegado nunca a comprender porqué debe ser esa la regla de derecho, porqué un hombre deba ser responsable de la culpa de sus dependientes sin que preexista una relación entre él y el perjudicado» (23). Por otra parte, en el Derecho anglosajón juega en materia contractual la idea de una garantía del cumplimiento total y oportuno de la obligación, garantía que sólo se limita en ciertos casos excepcionales (24).

En los países del continente europeo la responsabilidad del deudor que no había incurrido en culpa *in eligendo* o *in vigilando*, por el incumplimiento causado por sus auxiliares se ha ido abriendo paso fatigosamente, pero actualmente son ya varios los países en los que se contienen reglas expresas en virtud de las cuales el deudor responde

(20) En tal sentido IPPOLITO BONACOSSA, citado por FERRARA, *Loc. cit.*, página 57.

(21) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 59. MATEAUD y TUNC, después de afirmar que el Derecho romano conocía algunos casos de responsabilidad contractual por el hecho ajeno, los cuales fueron el origen del artículo 1.384-5.º del Código civil francés, mostrando la confusión entre la esfera contractual y delictual, señalan que «no hay que buscar en el antiguo Derecho francés reglas de conjunto que consagren el principio de una responsabilidad contractual por otro». (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual.*) T. I. Vol. II, traducción al castellano de ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. Buenos Aires 1962, página 694.

(22) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 60 y 61. BECQUE, *Loc. cit.*, pág. 271. Sobre la crítica que los juristas del «*common law*» hacen a tal principio, vid. TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano 1961, pág. 69.

(23) Cita de TRIMARCHI, *Loc. cit.*, pág. 69.

(24) LARENZ, *Op. y loc. citados*, págs. 282 y ss.

del incumplimiento de sus auxiliares con independencia de que ellos mismos hubieran incurrido en culpa.

El país donde primero se planteó el problema fue sin duda Alemania, donde las exigencias de la práctica se impusieron sobre las formulaciones de la doctrina en las que la teoría de la culpa ejercía su imperio. En efecto, la jurisprudencia, dando satisfacción a las referidas exigencias prácticas, fue reconociendo la responsabilidad incondicionada del deudor por el hecho de los auxiliares. Las primeras decisiones se referían a los ferrocarriles y a las grandes empresas de transporte, donde aparecía con mayor fuerza la necesidad de proteger al público (25). Esta corriente se proyectó en la legislación, en primer lugar en el Código de comercio alemán de 1861 que establece en el artículo 400 la responsabilidad de los transportistas por sus agentes y las otras personas de que se sirviera para efectuar el transporte, con teniendo normas semejantes para el transporte marítimo. No obstante, la cuestión general de la responsabilidad por los auxiliares fue vivamente discutida en el año 1884 en el XVII Congreso de juristas alemanes. La mayor parte de las propuestas presentadas se inclinaban en el sentido de establecer la responsabilidad por los auxiliares, incluso no existiendo culpa del deudor. Sin embargo, el profesor LEONHARD mantenía en principio la necesidad de una falta personal para que fuera procedente la responsabilidad. No obstante, su opinión no prevaleció y se votó el siguiente texto: «In obligatorischen Verhältnissen haftet der Arbeitgeber für jedes von seinen Arbeitern in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen begangene Verschulden». (En las relaciones obligatorias, el empresario responde de toda falta cometida por sus agentes en las funciones que les han sido confiadas.) (26) Lo cierto es que, el principio de la responsabilidad del deudor por culpa de sus agentes aparece formulado con alcance general en el párrafo 278 del B. G. B. (27).

La responsabilidad por los auxiliares se ha ido introduciendo en otros ordenamientos, así en Suiza apareció ya formulada en el artículo 115 del Código federal suizo de las obligaciones de 1881 y ac-

(25) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 61 y 62.

(26) Cfr. *Verhandlungen des XVII ten deutschen Juristentags*. T. I., páginas 46, 125, 337 y 357, nota 2.^a; T. II, págs. 86 y 281. Citado por BECQUE, *Loc. cit.*, página 274.

(27) El párrafo 278 dispone: «Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichen Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des 276 Abs. findet keine Anwendung». MELON INFANTE traduce el precepto de la siguiente manera: «El deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia de la culpa de su representante legal y de la de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación No se aplica la disposición del párrafo 276, párrafo 2.^o». (*Código civil alemán B.G.B.*) Barcelona 1955, pág. 59.

tualmente se encuentra establecida en el artículo 101 del Código de 1912 (28).

En el Código italiano de 1865 no existía una norma específica al respecto, por ello, FERRARA trató de solucionar la cuestión recurriendo a un principio general que dedujo del artículo 1.225 de aquel Código, que hacía responsable al deudor del incumplimiento o del retardo si no demostraba que se debían a una causa extraña que no le era imputable. Lo cual le llevaba a estimar que el hecho de los auxiliares era una causa «no extraña al deudor y por ello no lo liberaba de responsabilidad» (29). En el Código actual el problema está claramente resuelto en tanto en cuanto que existe un precepto específico al respecto (30).

El Código portugués de 1967, en su artículo 800, mostrando claras influencias del parágrafo 278 del B. G. B., establece la responsabilidad del deudor por los actos de sus representantes legales y auxiliares (31).

El Código francés no contiene una norma específica al respecto. Por ello, se recurre para explicar la responsabilidad por los auxiliares a principios y normas generales. Los dos preceptos a que se suele hacer referencia con más frecuencia son el 1.245 y el 1.147. En particular, este último, que exige para que el deudor sea liberado la prueba de «une cause étranger», es tenido en cuenta por BECQUE, que considera que el hecho de servirse de auxiliares constituye un hecho propio del deudor, no «une cause étranger» (32). HENRI y LEÓN MAZEAU recurren a la idea de representación y TUNC establece una serie de distinciones (33).

De todo lo anterior se deduce que la idea de que el deudor respon-

(28) El citado precepto del Código suizo establece que «Celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des employés, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail. Une convention préalable peut exclure en tout ou en partie la responsabilité dérivant du fait des auxiliaires. Si le créancier est au service du débiteur, ou, si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le débiteur ne peut s'exonérer conventionnellement que de la responsabilité découlant d'une faute légère». Un estudio de este precepto puede verse en VON TUHR, *Tratado de las obligaciones* Traducción de ROCES. T. II, 1.^a ed. Madrid, 1934, págs. 101 y ss.

(29) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 117.

(30) El artículo 1.228 del Código italiano actual dispone que «salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro».

(31) Dice el artículo 800 del Código portugués que «1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem practicados pelo próprio devedor. 2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública».

(32) BECQUE, *Loc. cit.*, pág. 286.

(33) MAZEAU-TUNC, *Op. y loc. citados*, págs. 700 y ss.

de por los auxiliares se va abriendo paso en las distintas legislaciones, lo cual demuestra que responde a una necesidad práctica. Por ello, parece necesario, incluso urgente, plantearse el problema en nuestro Derecho.

B) *Análisis del problema en nuestro Derecho.*—En nuestro Código civil existen algunos preceptos en los que se establece la responsabilidad del deudor por sus auxiliares en supuestos concretos y específicos, pero no contiene una norma general al respecto, por lo cual se plantea la necesidad de determinar si dentro del mismo puede hallarse o no un fundamento general a la responsabilidad del deudor por sus auxiliares. El problema se agrava cuando se piensa que nuestra doctrina tradicional, como se ha visto anteriormente, sólo hace responsable al deudor en el supuesto de que el incumplimiento haya sido culpable, doctrina que trasladada a la materia aquí tratada implica que el deudor sólo responderá del incumplimiento ocasionado por sus auxiliares cuando haya incurrido en culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Dado que esta solución, como se ha señalado antes, no es satisfactoria para las exigencias que plantea la vida moderna, es evidente que se hace necesario tratar de encontrar dentro de nuestro Código el fundamento, si es que existe, para hacer responsable al deudor del incumplimiento de sus auxiliares, aun cuando el mismo deudor no haya incurrido en culpa. Es necesario pues revisar la doctrina que interpreta al Código entendiendo que el deudor sólo responde cuando haya incurrido en culpa. Una manera de realizar tal revisión es precisamente la de encontrar la solución al problema que para el tráfico moderno supone la intervención de auxiliares y la responsabilidad del deudor por los que emplee en el cumplimiento de sus obligaciones. Pero antes de entrar en la cuestión de la fundamentación con carácter general de la responsabilidad del deudor por los auxiliares en nuestro Derecho, conviene hacer referencia a las normas que en el Código civil regulan casos concretos.

a) *Supuestos específicos de responsabilidad por los auxiliares:*

1. Los artículos 1.783 y 1.784 que establecen la responsabilidad de fondistas o mesoneros por los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto «por los criados o dependientes» como por los «extraños». En estos preceptos la responsabilidad de fondistas y mesoneros no se basa desde luego en la culpa y se limita a los daños en los efectos de los viajeros (33 bis).

2. Los artículos 1.601 y 1.602 respecto de los «conductores de efectos por tierra o por agua».

3. El artículo 1.596 dice que «el contratista es responsable del

(33 bis) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 698 y 699. En sentido contrario, SANTOS BRIZ, el cual estima que la responsabilidad del posadero, según el Código civil, se funda en la culpa, en cambio, la del art. 21 del Código penal no. (*La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Madrid, 1970. página 335.)

trabajo ejecutado por las personas que ocuparen la obra», sin entrar en la cuestión de si dicho contratista ha incurrido o no en culpa *in eligendo* o *in vigilando* (34).

4. El artículo 1.564 establece la responsabilidad del arrendatario por el «deterioro causado por las personas de su casa».

5. Cabría también tener en cuenta el artículo 1.721 del Código civil, pero el problema que plantea este precepto escapa en buena medida a la cuestión que aquí se trata. Además el mandatario sólo responde del sustituto cuando ha incurrido en culpa en su nombramiento por no estar autorizado para designarlo o por elegir a un incapaz o insolvente. Por el contrario, si la sustitución estaba autorizada, el mandatario quedaría desligado de la relación y ya no respondería de la actividad del sustituto que sería el nuevo mandatario. Por todo lo dicho se comprende que el problema planteado por tal precepto escapa al tema de los auxiliares (35). Cosa distinta es que el mandatario nombre no a una persona para que le sustituya, sino a un simple auxiliar, posibilidad que niega parte de la doctrina basándose en el «intuitu personae» que es elemento fundamental de la relación de mandato; pero que otro sector doctrinal —a nuestro juicio más acertadamente— estima posible siempre que no estuviera prohibido. En este caso consideran PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER que el mandatario respondería de los perjuicios causados por culpa de sus auxiliares (36).

Conviene también hacer referencia a una serie de artículos del Código de Comercio en los que también se establece una responsabilidad por los auxiliares, los artículos 285, 292-2.º, 293, 597 y 618. Del mismo modo hay que tener en cuenta el artículo 41 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.

Llegados a este punto podemos hacernos una pregunta: ¿En nuestro Derecho sólo responde el deudor por los auxiliares en los casos señalados, es decir, cuando de manera excepcional así lo dispone la Ley, o por el contrario, tales supuestos son sólo especificaciones de una re-

(34) Un análisis de este precepto se encuentra en nuestro trabajo sobre «Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el artículo 1591 del Código civil». Estudios de Derecho civil en honor del Prof. CASTÁN, vol. II. Pamplona 1969, páginas 607 y ss., también en Anuario de Derecho civil, 1970, fascículo I, páginas 137 y ss.

(35) Sobre el artículo 1.721, PORPETA CLERIGO, F., *Sustitución de poder* Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1943, año I, págs. 135 y ss. ROCA SASTRE y PUIG BRUTUAU, *La revocación y la sustitución del poder y del mandato*. Estudios de Derecho privado. T. I. Obligaciones y Contratos. Madrid 1948, págs. 434 y ss. SANPONS SALGADO, M., *El mandato*. Barcelona 1964, páginas 310 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*. T. IV. *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 9.ª ed. (reimpresión). Madrid 1969, págs. 487 y ss., etc.

(36) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones, vol. II. Doctrina especial*, 1.ª parte, 3.ª ed. Estudios de adaptación y comparación de FERRANDIS VILELLA. Barcelona 1966, pág. 601. SANPONS SALGADO, Op. cit., pág. 315.

gla más general que sin estar expresa en nuestro sistema aparece como latente en el mismo?

b) *Ensayo de una fundamentación general.*

La solución parece que se puede encontrar prosiguiendo nuestra indagación dentro del Código civil, pero ahora sobre preceptos en los que se regula la responsabilidad del deudor con una amplitud más general que en los examinados anteriormente, es decir, en preceptos de un alcance más general y abstracto. Para ello hay que ver las reglas de responsabilidad establecidas para cada tipo de obligación. Procediendo de tal manera encontramos lo siguiente:

1. Obligaciones genéricas.—En estas obligaciones juega la regla «*genus nunquam perit*» conforme a la cual la responsabilidad del deudor por la realización de la prestación es objetiva. Por consiguiente, en este supuesto, la responsabilidad por los auxiliares es evidente, ya que queda esta cuestión absorbida por la referida regla, que hay que entenderla en el sentido de que el género no perece nunca y, por tanto, tampoco cuando el perecimiento se deriva de la actividad de los auxiliares empleados por el deudor.

2. Específicas.—Según los artículos 1.182 y 1.183, el deudor sólo se libera probando el caso fortuito. Si la pérdida de la cosa se produce estando en poder del auxiliar del deudor, hay que entender que juega la presunción del artículo 1.183 y, en virtud de ello, el deudor responderá por sus auxiliares, salvo que el acto del auxiliar sea considerado como un caso fortuito. Pero tal consideración no parece posible ya que el artículo 1.105 del Código civil considera al caso fortuito como un «suceso que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable». Calificación ésta de «suceso» que parece hacer referencia a acontecimientos extraños al deudor, sin embargo, la actividad de sus auxiliares no es probable que pueda entenderse como acontecimiento o suceso extraño al deudor. Por consiguiente, no constituyendo un caso fortuito, que es lo único que libera al deudor, no cabe duda que éste deberá responder por sus auxiliares.

3. Obligaciones de hacer.—Dentro de estas hay que distinguir:

a) Si se trataba de un hacer personalísimo, el deudor no podría utilizar auxiliares o sólo en una medida tan insignificante que nunca su actividad podría ocasionar el incumplimiento. Por consiguiente, si no podía utilizar auxiliares y los utiliza respondería por culpa propia, aún en el caso de que el incumplimiento se deba directamente al auxiliar.

b) En el supuesto de no tratarse de un hacer personalísimo, el artículo 1.098 dice que «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa». Por consiguiente, se ejecutará a su costa con independencia de que el incumplimiento se deba directamente al propio deudor o a los auxiliares que haya podido nombrar, e incluso con independencia de que el incumplimiento fuera o no cul-

pable, salvo que se debiera a caso fortuito, ya que el precepto dice que «se mandará ejecutar a su costa», pero no dice que se mandará ejecutar sólo cuando la no realización de la prestación fuera culpable. A parecidas conclusiones puede llegarse respecto de las obligaciones de no hacer con base en el artículo 1.099.

Después de analizadas las reglas anteriores puede llegarse a la conclusión de que el deudor es responsable del incumplimiento ocasionado por sus auxiliares. Lo que sucede es que los preceptos señalados se limitan a decir que el deudor debe realizar la prestación en favor del acreedor en todo caso, salvo los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. La responsabilidad que se agota en la satisfacción del interés del acreedor a la prestación no es culposa, en caso de no realización el deudor continuará obligado en forma específica o por equivalente, sólo la prueba del caso fortuito que imposibilitara el cumplimiento le liberaría. Siendo esto así, es evidente que si la prestación no se ha realizado a causa de los auxiliares, y no constituyendo la intervención de estos un caso fortuito, el deudor continuará obligado a realizar la prestación a favor del acreedor.

El problema grave es el de conciliar la doctrina anterior con el artículo 1.101 y siguientes y sobre todo con la interpretación habitual que la doctrina suele dar a tales preceptos. En principio puede afirmarse que sólo la indemnización por los daños ulteriores tiene un fundamento legal en la culpa, no así la satisfacción del «*id quod interest*», que, como hemos dicho, es independiente de que el incumplimiento fuera o no culpable. Sin embargo algunos preceptos del Código parecen oponerse a esta interpretación, así el artículo 1.106 cuando dice que la indemnización de daños y perjuicios «comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido («*id quod interest*»), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (daños ulteriores)...». La solución parece que se encuentra en que este precepto se refiere al supuesto de que no sea posible el cumplimiento en forma específica, uniendo por ello la cuestión de la satisfacción del interés del acreedor a la prestación con la de la indemnización de los daños ulteriores, pero sólo esta última encuentra su fundamento en la culpa. Que esto es así parece evidente si se tiene en cuenta el artículo 1.096-1.º del Código civil, según el cual «cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, *independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101*, puede compeler al deudor a que realice la entrega». Por consiguiente, la satisfacción del interés del acreedor a la prestación (compeler a la entrega) es independiente del derecho que al mismo acreedor le otorga el artículo 1.101. De ello resulta que el 1.101 al hablar de la indemnización de *daños y perjuicios*, se refiere sólo a los daños ulteriores, a lo que el artículo 1.106 llama «ganancia que haya dejado de obtener», es decir, a los daños derivados de la falta de cumplimiento puntual y apropiado de la prestación. Sólo para que haya lugar a la indemnización de los daños ulteriores

requiere el Código culpa del deudor. Pero incluso respecto de tales daños ulteriores cabe preguntarse si siempre se requiere culpa del deudor para que sean indemnizables. ¿Qué sucede cuando la culpa es de un auxiliar y el deudor no ha incurrido en culpa *in eligendo* o *in vigilando*?, ¿responderá también el deudor de los daños ulteriores? Parece que hay que llegar a una solución afirmativa, ya que la culpa del auxiliar no puede considerarse como un acontecimiento externo al deudor, por el contrario, es algo que surge en el seno de su organización, le resulta pues imputable, no se puede calificar de «suceso» (caso fortuito) en el sentido del artículo 1.105.

IV. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE AUXILIAR DEL DEUDOR

La delimitación del concepto de auxiliares del deudor se ha de realizar en función de la actividad de cumplimiento de la obligación, se trata pues de un concepto muy concreto que es necesario fijar con todo cuidado. El problema es más delicado en nuestro Derecho en tanto en cuanto que, hasta ahora, el tema de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento causado por sus auxiliares no ha sido tratado o, por lo menos, no ha sido abordado en toda su generalidad y amplitud. Es cierto que pueden encontrarse valiosas aportaciones doctrinales sobre el problema de los auxiliares, pero en ellas se enfocan y analizan cuestiones distintas de aquélla que a nosotros nos preocupa (37).

Interesando fijar el concepto de auxiliares en relación con el tema que aquí se trata puede partirse de una afirmación general, la de que lo son todas aquéllas que se emplean en el cumplimiento de la prestación prometida por el deudor. Sin embargo, como dice VISINTINI, tal afirmación debe limitarse desde los dos siguientes puntos de vista: 1) A la base de la intervención del auxiliar debe encontrarse la iniciativa del deudor, en el sentido de que éste haya puesto voluntariamente al auxiliar en condiciones de participar en la ejecución de la obligación. 2) Los auxiliares deben ser extraños al acreedor, no deben estar ligados de ninguna manera con él (38). Analizando con cierto detalle ambos puntos, los cuales se reducen al estudio de la relación existente entre deudor y auxiliares de una parte, y auxiliares y acree-

(37) Cabe destacar el estudio del profesor BORRAJO, *Los auxiliares del comerciantes en Derecho español*. Revista de Derecho mercantil, 1957, T. I, páginas 7 y ss.; y 245 y ss. También el del profesor MENÉNDEZ, A., *Auxiliares del empresario*. Revista de Derecho mercantil, 1959, págs. 269 y ss. En general sobre los auxiliares del comerciante puede consultarse la doctrina mercantil. En alguna medida incide sobre la cuestión de la responsabilidad contractual por los auxiliares, si bien el estudio tiene objeto y dimensiones distintas, el trabajo de SANTOS BRIZ, *La responsabilidad del fabricante frente a terceros en Derecho moderno*. Estudios de Derecho civil en honor del profesor CASTÁN, vol. II. Pamplona 1969, págs. 497 y ss.

(38) VISINTINI, *Op. cit.*, págs. 63 y 64.

dor de otra, pueden aclararse algunas cuestiones y perfilarse el concepto de *auxiliar en el cumplimiento* que aquí interesa.

A) LA RELACIÓN ENTRE DEUDOR Y AUXILIAR.

a) *La intervención del auxiliar se produce por iniciativa del deudor.*—Se requiere un movimiento inicial y voluntario del deudor en virtud del cual el tercero se incorpore a la actividad de cumplimiento de la obligación. Como dice LARENZ, se trata de personas que el deudor por sí atraiga al cumplimiento de su obligación y a todas las actividades con él mismo relacionadas. El hecho de que tal atracción se produzca voluntariamente implica la condición de que el deudor pueda elegir libremente al auxiliar, por ello, no deben calificarse de auxiliares a las empresas que actúan en régimen de monopolio, ya que el deudor se ve obligado a recurrir a ellas, sin poder elegir (39).

Siendo necesaria la iniciativa del deudor para la intervención del auxiliar, resulta claro que no se produce el supuesto cuando un tercero interviene por sí mismo y origina el incumplimiento de la obligación. En tal caso, MAZEAUD y TUNC estiman que el deudor no incurre en responsabilidad «siempre que el hecho del tercero constituya un caso fortuito o de fuerza mayor. Por el contrario, si, teniendo en cuenta la diligencia que el contrato le imponía al deudor, se estima que debería impedir la intervención del tercero, aquél es responsable del incumplimiento. Pero entonces se trata de una responsabilidad contractual por el hecho personal, y no por el hecho ajeno...» (40). Como ya señalara FERRARA «donde falta el comportamiento voluntario del deudor que pone a las personas en relación y en contacto con el objeto de su obligación y, por tanto, en la posibilidad de producir el incumplimiento, falta el presupuesto de la responsabilidad» (41). Debido a que la intervención del auxiliar se produce como consecuencia de la iniciativa voluntaria del deudor, resulta que este último aparece como causa original del daño, en tanto en cuanto que es él quien pone al auxiliar en condiciones de poder ser causante inmediato del mismo.

b) *La cuestión de la dependencia del auxiliar respecto del deudor: auxiliares y sustitutos.*—Habiéndose señalado ya que la intervención del auxiliar se produce por iniciativa del deudor, conviene analizar

(39) LARENZ, *Op. y loc. cit.*, pág. 296.

(40) MAZEAUD-TUNC, *Op. y loc. cit.*, pág. 689. La delimitación del concepto de auxiliar en el cumplimiento puede encontrarse, desde el punto de vista que ahora se trata de su participación en el cumplimiento por iniciativa del deudor, en el artículo 1.158 del Código civil, el cual ciertamente no se refiere al supuesto, pero parece proporcionarnos un criterio orientador en el sentido de que el tercero que paga, conociendo y aprobando el pago el deudor podría calificarse de auxiliar, no así cuando lo hace ignorándolo el deudor. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el artículo 1.158 se está refiriendo al caso de cumplimiento por un tercero, mientras que el problema que aquí interesa es precisamente el contrario; es decir, el de determinar cuándo del incumplimiento de la obligación derivado del hecho de un tercero deba responder el deudor.

(41) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 123.

ahora bajo qué condiciones se ha de desarrollar tal intervención y concretamente si la actividad de cumplimiento la realiza el auxiliar como un dependiente o si puede, por el contrario, actuar autónomicamente. La doctrina moderna más autorizada parece estimar que la actuación del auxiliar puede desarrollarse autónomicamente, sin que sea necesaria una dependencia respecto del deudor, aunque en la mayoría de los casos se produzca. Así LARENZ afirma que no es acertada la opinión de considerar únicamente cómo «auxiliar en el cumplimiento» a aquellas personas a las que el deudor comunique las instrucciones necesarias para su actuación según la situación concreta, y estima acertadas decisiones de los tribunales alemanes que han considerado como auxiliares al agente de transportes encargado de la ejecución del envío, al banco del transferente y también al del destinatario, así como a los empleados que ocupan una posición rectora. Para este autor, basta con que «el auxiliar actúe por encargo o por cuenta del deudor, y precisamente en el ejercicio de la actividad de dicho deudor» (42). En el mismo sentido se manifiesta la doctrina italiana, así VISINTINI afirma que «son auxiliares no sólo los dependientes del empresario que colaboran en el cumplimiento de las obligaciones por éste asumidas o los domésticos respecto del patrón, sino que pueden serlo también los mismos empresarios autónomos como los bancos, los que ejercen profesiones liberales, huéspedes, amigos (a los que se ruega, por ejemplo, restituir por nuestra cuenta una cosa tomada a préstamo)» (43).

Teniendo en cuenta el hecho de que los auxiliares puedan actuar con independencia en su actividad de realización de la prestación, cabe hacer una distinción dentro del amplio campo de los auxiliares entre *ayudantes o auxiliares en sentido estricto y sustitutos*. Los primeros son aquellos que colaboran en el cumplimiento bajo la dependencia y siguiendo las instrucciones del deudor; por el contrario, los segundos ejecutan la prestación en una situación de independencia, si bien, como es lógico, han debido ser encargados por el deudor del cumplimiento y deben también ser extraños al acreedor. Por consiguiente, la diferencia entre los auxiliares en sentido estricto y los sustitutos se encuentra en que los primeros colaboran con el deudor en el cumplimiento, sin embargo, los segundos no son colaboradores, en el sentido de que no actúan al lado del deudor, sino en su lugar y con independencia del mismo (44). Pueden considerarse auxiliares en sentido estricto, según VISINTINI, a los dependientes del empresario, a los domésticos, a los auxiliares designados por un auxiliar cuando haya sido

(42) LARENZ, *Op. y loc cit.*, pág. 295. ZUNFT refiriéndose al parágrafo 278 del B.G.B. señala que la expresión «er sich... bedient» (se sirve) no hace referencia a una relación de dependencia, sino sólo al hecho de que debe de tratarse de personas que por voluntad del deudor, se emplean en el cumplimiento de la prestación a su cargo (*Loc. cit.*, págs. 373 y ss.)

(43) VISINTINI, *Op. cit.*, págs. 69 y ss. En este autor pueden encontrarse amplias referencias a la doctrina italiana.

(44) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 121 y 122. VISINTINI, *Op. cit.*, págs. 71 y ss.

autorizado por el deudor a asumir a otro o cuando al asumir al segundo hubiera incurrido en culpa. El citado autor señala como ejemplo del último supuesto, el caso del asistente del médico que, no estando autorizado para asumir enfermera, le asigne a ésta una función que sólo los médicos puedan desarrollar; incurriendo, por tanto, en culpa al realizar tal designación (45). La idea últimamente apuntada, dista mucho de resultar clara, ya que parece inducir a la conclusión de que si el primer auxiliar hubiera designado a la enfermera para funciones que le fueran propias, el deudor no respondería de la actividad de tal enfermera puesto que no había autorizado a su auxiliar para que la designara. De ello resulta que, prescindiendo ya del ejemplo concreto y generalizando la solución, se perjudica al acreedor en todos los casos en que un auxiliar designe a otro sin estar autorizado para ello y la designación se haya realizado diligentemente, sin incurrir en culpa, ya que en tal caso, si el incumplimiento lo ocasionara el segundo auxiliar, estando liberado de las consecuencias de su intervención el deudor, el acreedor no tendría más remedio que dirigirse contra los auxiliares. La solución no parece justa, de aquí que estimemos más lógico que el deudor deba responder no sólo de los auxiliares por él designados, sino también de los que éstos hubieran nombrado, estuvieran o no autorizados para ello, pues de lo contrario, resultaría que las consecuencias de la violación por el primer auxiliar de los pactos que le ligar con el deudor los sufriría el acreedor que es ajeno a tales pactos. A mayor abundamiento no cabe duda de que el incumplimiento de la prestación ocasionado por el segundo auxiliar se liga, a través del primero, al deudor, por ello, éste debe responder de tal incumplimiento con independencia de que después pueda dirigirse contra los auxiliares.

Sustitutos pueden considerarse a los empresarios autónomos como bancos, miembros de profesiones liberales, etc., siempre que actúen con independencia del deudor en la actividad de cumplimiento. Dada esa independencia es lógico que algunos autores, después de afirmar la responsabilidad del deudor por los auxiliares en sentido estricto, se pregunten si debe responder también por los sustitutos. Enfrentándose con este problema MAZEAUD y TUNC estiman que «la solución debe buscarse, según parece, en la voluntad de las partes; pero es preciso ciertamente establecer en principio que el deudor responde de sus sustitutos. Eso es lo que resulta del hecho de que está obligado: él es el que queda obligado si el compromiso no se respeta» (46) Conviene advertir que cuando aquí se habla de *sustitutos* se está utilizando el término en un sentido técnico muy preciso de sustitución circunscrita a la actividad ejecutiva de la obligación (47). Como dice FERRERA se trata

(45) VISINTINI, *Op. cit.*, pág. 71.

(46) MAZEAUD-TUNC, *Op. y loc. cit.*, pág. 698. VISINTINI estima que no hay diferencia de tratamiento jurídico entre sustitutos y auxiliares. (*Op. cit.*, página 77.)

(47) Cfr., en este sentido VISINTINI, *Loc. cit.*, pág. 73.

sólo de aquellos que entran *materialmente* en lugar del deudor en la ejecución, no *jurídicamente*, pasando ellos mismos a ser obligados y apropiándose de la obligación. El deudor no desaparece del vínculo obligatorio, sino que permanece siempre directamente obligado hacia el acreedor, respecto del cual el sustituto es un extraño (48). Por tanto, no se trata de sustitución en la entera posición del deudor, de manera que el primitivo deudor quede liberado y el sustituto ocupe su entera posición jurídica frente al acreedor; sino sólo de sustitución en la actividad de cumplimiento, permaneciendo obligado y, por tanto, responsable frente al acreedor el mismo deudor (49).

c) *Ambito del concepto de auxiliar en materia contractual y extracontractual.*—El hecho de que en materia de responsabilidad contractual el deudor sea responsable no sólo de sus dependientes, sino también de aquellos otros que utiliza en el cumplimiento de su obligación sin que estén en relación de dependencia con él, supone una diferencia considerable respecto de la normativa que rige en materia extracontractual y, concretamente, respecto del artículo 1.903-4.º de nuestro Código civil, que reduce la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa a los perjuicios causados por sus dependientes sin incluir, por tanto, a aquellos que no lo sean, aunque realicen una actividad para el dueño o la empresa. Refiriéndose a esta cuestión en Derecho francés, dicen MAZEAUD y TUNC que el «círculo de las personas responsables contractualmente por otro parece mucho más amplio que el de las personas comprendidas, en materia delictual, por el artículo 1.384, párrafo 5.º. En efecto, ese precepto restringe, en esta última esfera, la aplicación de los principios de la responsabilidad por el hecho de otro a aquellos entre los cuales existe un vínculo de comisión; es decir, una relación de subordinación. Semejante requisito no se exige en materia contractual» (50).

Sin duda que la razón última de la diferencia señalada se encuentra en el fundamento mismo de ambos tipos de responsabilidad, contractual y extracontractual. Al respecto, resulta de sumo interés la siguiente afirmación del profesor DÍEZ-PICAZO: «tratándose de una responsabilidad contractual, sólo el contratante que ha incumplido o infringido el contrato está obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de este incumplimiento o de esta infracción. En cambio, tanto en la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código civil, como en la responsabilidad civil derivada del delito, la

(48) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 121, nota 4.

(49) Se trata de una sustitución distinta a la que aparece en el artículo 1.721 en materia de mandato, donde —como ya se ha señalado— el mandatario se desliga de la relación ocupando su lugar el que en tal precepto se llama sustituto.

(50) MAZEAUD-TUNC, *Op. y loc. cit.*, pág. 710. Un estudio completo de la naturaleza de la relación que ha de mediar entre responsable y causante del daño en la responsabilidad delictual se encuentra en TRIMARCHI, *Op. cit.*, especialmente pág. 81 y ss.

obligación de indemnizar no recae únicamente sobre el causante del daño o sobre el autor del delito, sino también sobre otras personas a quienes la Ley hace directamente responsables del hecho de otro (51). Parece que de tal afirmación puede deducirse que en materia de responsabilidad contractual se responde del incumplimiento porque se es contratante, condición que será decisiva para fijar la responsabilidad, incluso en el supuesto de que el daño derivado del incumplimiento lo haya originado un auxiliar, cuestión que en cierto sentido aparece como secundaria; por el contrario, tratándose de responsabilidad extracontractual no hay otra razón que justifique la responsabilidad por el daño causado por un tercero más que la que se encuentra en el ligamen existente entre responsable y causante del daño. En consecuencia, puede afirmarse que el fundamento de la responsabilidad contractual, aun en el supuesto del incumplimiento causado por un auxiliar, se encuentra en la condición de contratante o si se quiere, de deudor, de manera que todo incumplimiento que genera responsabilidad se conecta directamente con tal deudor o contratante, ya que él mismo se había obligado a cumplir, por lo cual, si se produce el incumplimiento debe, en principio, responder, salvo que tal incumplimiento se derive de una causa que le exima de responsabilidad. Sin embargo, en el supuesto de responsabilidad extracontractual por un tercero la conexión de la responsabilidad al que deba responder se produce indirectamente, en razón del ligamen que existe entre el mismo y el causante del daño; por ello, la ley se preocupa de señalar las personas que deban responder por otro y la relación que entre ellos ha de existir. Puede, pues concluirse diciendo que el deudor no responde por otro, aun en el supuesto de que el incumplimiento lo haya originado un auxiliar, ya que la razón de su responsabilidad se encuentra en su condición de deudor y en el hecho de que los medios que ha utilizado para cumplir, entre ellos los auxiliares, no han sido apropiados; por lo cual es lógico que responda, aunque haya sido diligente, ya que de no ser así se perjudicaría al acreedor que nada tiene que ver con los auxiliares. Por el contrario, tratándose de responsabilidad extracontractual nos encontramos ante un hecho dañoso causado por una persona, pero la ley establece que en virtud de determinada relación que le liga a otra será la última la que, en principio, debe responder; por consiguiente, aquí el responsable no queda determinado por una condición personal, como lo es en la contractual la condición de contratante o deudor, sino en virtud de la relación que le liga con el causante del daño. Por ello, la ley se preocupa de fijar los contornos de tal relación, relación que queda en un segundo plano en el caso de responsabilidad contractual por los auxiliares, de la cual

(51) DÍEZ-PICAZO, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en el Derecho español*. VI Congreso Internacional de Derecho comparado. Texto de las ponencias españolas. Instituto de Derecho comparado. Barcelona 1962, pág. 61.

se ha dicho que presupuesto del surgir de tal responsabilidad es la función que el tercero desarrolla por voluntad del deudor en el campo de la actividad necesaria para la ejecución de aquella obligación de que se trata, no ya la relación en que se encuentra en general con el deudor (52).

Las consideraciones anteriores ponen de relieve que existen diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual en lo que al concepto mismo de auxiliares o dependientes se refiere. Tal circunstancia unida al diverso régimen jurídico aplicable a ambos tipos de responsabilidad, sea o no deseable tal diversidad (53), nos induce a rechazar la idea de que el problema planteado por el incumplimiento de un contrato debido a la intervención de los auxiliares pueda resolverse, en lo que a la responsabilidad del deudor se refiere, mediante la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual y en particular recurriendo al artículo 1.903, apartado 4.º. En efecto, además de que el concepto de auxiliar del deudor es más amplio que el de dependiente al que hace referencia el referido precepto, hay que tener en cuenta que parece contradictorio someter al deudor a las normas de la responsabilidad extracontractual cuando se le demanda por incumplimiento de la obligación ocasionado por los auxiliares que él mismo ha utilizado. Hay que recordar, al respecto, que en nuestra doctrina se estima que «el artículo 1.902 no tiene aplicación cuando las partes estén ligadas por vínculos contractuales» (54), de lo cual puede deducirse que tampoco debe tener aplicación el artículo 1.903, apartado 4.º, que se refiere a la responsabilidad extracontractual, para exigir una responsabilidad por incumplimiento contractual, ya que en este caso el fundamento de la responsabilidad se encuentra en que los medios empleados por el deudor para cumplir la obligación, entre ellos los mismos auxiliares, se revelan como inadecuados o insuficientes. Cuestión distinta, es la de que el acreedor, además de dirigir su acción *ex contractu* contra el deudor pueda también demandar al auxiliar *ex delicto*, lo cual es admitido por la doctrina en los supuestos en que, como en el caso del incumplimiento de una obligación por causa de los auxiliares, un mismo hecho engendra acciones de responsabilidad diversas frente a personas también diversas, teniendo en cuenta naturalmente que la concurrencia de mandados o de deudores no multiplica ni acrecienta el derecho a la

(52) VISINTINI, *Op. cit.*, págs. 70 y 71.

(53) Cfr., al respecto COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, páginas 98 y ss. GARCÍA VALDECASAS, G., *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español*. Revista de Derecho privado, 1962, págs. 842 y ss. Díez-PICAZO, *El problema de la acumulación...*, *cit.*, pág. 61. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*. T. I. *Introducción y Parte General*, vol. II, 9.ª ed. Madrid 1955, págs. 489 y 490. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*. Madrid 1968, pág. 471, etc.

(54) GARCÍA VALDECASAS, *Loc. cit.*, pág. 840. GULLÓN BALLESTEROS, *Op. cit.*, págs. 472 y 473.

indemnización, ya que el perjudicado tiene derecho a que el daño sea plena e íntegramente resarcido; pero la cantidad en que la indemnización se cifra no puede exceder de un efectivo resarcimiento del daño (55).

d) *El problema de la culpa de los auxiliares*

La doctrina se ha planteado la cuestión de si para que el deudor sea responsable por razón de sus auxiliares se requiere culpa de éstos. FERRARA se pronunciaba en sentido afirmativo y estimaba que si el hecho de los auxiliares es casual y depende de circunstancias extrañas, el deudor no puede sufrir las consecuencias, ya que se trata de un caso fortuito que desborda su esfera de acción (56). VISINTINI, en relación con el Derecho vigente actualmente en Italia, observa que puede parecer contradictorio que cuando el deudor haya encargado a otro el cumplimiento de su obligación deba garantizar sólo la diligencia de éste, mientras que, si la ejecuta personalmente, según el artículo 1.218 del Código civil debe asegurar no sólo la propia diligencia, sino también el cumplimiento de una prestación útil, con el sólo límite de imposibilidad de la prestación. Por ello, aunque el artículo 1.228 del Código italiano habla de la responsabilidad del deudor por los «hechos dolosos o culposos» de sus auxiliares, el autor últimamente citado, después de una serie de consideraciones que sería prolijo repetir aquí, estima que puesto que el deudor se hace garante del éxito frente al acreedor, salvo la prueba de la imposibilidad por causa a él no imputable, debe responder de la misma manera, cuando haya confiado el cumplimiento de la prestación a un auxiliar (57).

En Derecho alemán, la solución que a esta cuestión da el párrafo 278 del B. G. B. es clara, para que el deudor sea responsable es necesario que exista «Verschulden» (culpa) por parte del auxiliar (58). Sin embargo, se ha criticado en este punto al B. G. B., estimando que la solución dada al problema se encontraba en contradicción con el mismo fundamento de la responsabilidad por los auxiliares, ya que hallándose éste —como veíamos al cominezo de este estudio— en el hecho evidente de que a través de ellos el deudor extiende su actividad económica, lo lógico es que la responsabilidad del último nazca aun cuando no haya culpa de los auxiliares, salvo el caso fortuito. Por ello, ya FEDER en 1902 reparó en tal contradicción, afirmando que el principio de la culpa había triunfado en el B. G. B., en un dominio en el que estaba definitivamente vencido (59).

(55) COSSIO, *El dolo...*, cit., pág. 106. Díez-PICAZO, *El problema de la acumulación...*, cit., págs. 65 y ss. Sobre el problema específico de la acción directa contra el auxiliar o sustituto (MAZEUD-TUNC, *Op. y loc. cit.*, pág. 719).

(56) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 129.

(57) VISINTINI, *Op. cit.*, págs. 117 y ss.

(58) Cfr. en tal sentido LARENZ, *Op. y loc. cit.*, pág. 297.

(59) Cita de BECQUE, *Loc. cit.*, pág. 303.

En Francia, BECQUE (60) y SORAEC (61), entienden que el deudor responde también de los hechos no culposos de sus auxiliares.

En nuestro derecho hay que entender que respecto al «*id quod interest*» lo único que libera al deudor es el caso fortuito, por consiguiente, responderá de la satisfacción del interés del acreedor a la prestación aunque la falta de realización de ese interés se deba a una actividad no culpable de sus auxiliares, esto es, aunque los auxiliares hubieran sido diligentes. Respecto de los daños ulteriores se requiere sin duda que haya culpa del auxiliar, respondiendo, como se ha dicho antes, el deudor de tales daños aunque él personalmente no haya incurrido en culpa.

Habiéndose establecido ya tanto la responsabilidad del deudor frente al acreedor por sus auxiliares, como las condiciones de tal responsabilidad, conviene advertir que, como es lógico, dicho deudor dispone de una acción de repetición contra los mismos auxiliares, pues de lo contrario éstos quedarían exentos de su propia responsabilidad, lo cual sería injusto (62).

e) *Los daños ocasionales*

Otro problema que se ha planteado la doctrina es el de si el deudor responde sólo de los daños causados en el *cumplimiento* o también de aquellos otros que se producen *con ocasión del cumplimiento*. FERRARA señalaba que el deudor responde respecto de los auxiliares de ambos tipos de daños, indicando entre otras razones que al acreedor le es indiferente que el auxiliar lo perjudique mientras ejecuta la obligación o aprovechándose de su cualidad: en ambos casos sufre un daño que le proviene de la esfera económica del deudor y del que tiene derecho a ser resarcido (63). Otros autores, sin embargo, limitan la responsabilidad contractual por otro a los daños originados en la ejecución de la obligación. Daños que se ligarán no sólo a los actos de ejecución en sentido estricto, sino que hay que entender incluidos también los relativos a la guarda, conservación y transporte de la cosa, puesto que son obligaciones accesorias del deudor (64).

LARENZ indica que el deudor responderá contractualmente por su auxiliar, cuando la acción u omisión de éste implique una infracción de obligaciones fundadas en la relación obligatoria que incumba al deudor. Ilustra su doctrina con un ejemplo y dice que el pintor responde de la rotura de una luna del cliente producida por su empleado al manejar sin precaución la escalera, y no responde si dicho empleado comete un robo aprovechando la ocasión de hallarse sólo en la vivien-

(60) BECQUE, *Loc. cit.*, pág. 304.

(61) Citado por VISINTINI, *Op. cit.*, pág. 118, nota núm. 155.

(62) MAZEAUD-TUNC, *Op. y loc. cit.*, pág. 718. FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 137, etc.

(63) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 132 y ss.

(64) BECQUE, *Loc. cit.*, págs. 304 y ss.

da del cliente, ya que el robo no es una acción que consista precisamente en la omisión de un especial deber contractual (65). En el mismo sentido señala VISINTINI que para que tenga lugar la responsabilidad contractual por los auxiliares se requiere un nexo directo entre la actividad de ejecución y el daño (66).

Desde luego, parece más acertada la opinión que limita la responsabilidad contractual por los auxiliares a los daños causados *en el cumplimiento*. Cabe entonces plantear el problema de la reglamentación de los daños causados con *ocasión del cumplimiento*. Estos últimos deberán ser indemnizados como daños extracontractuales (67) y, en este concepto, es posible que deba satisfacerlos el propio deudor ya que el artículo 1.903-4.º dice que los dueños o directores de un establecimiento o empresa responden de los perjuicios causados por sus dependientes «en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones». Naturalmente será necesario determinar si en el caso concreto se dan todas las condiciones para que pueda aplicarse el precepto referido (68).

f) Cláusulas de exoneración de responsabilidad

Habiéndose ya establecido la responsabilidad del deudor por sus auxiliares cabe plantear la cuestión de si son válidas las cláusulas de exoneración de tal responsabilidad. Al respecto, conviene recordar que en el inciso segundo del párrafo 278 del B. G. B. se establece la regla de que la responsabilidad por los auxiliares puede ser limitada o excluida (69). Sin embargo, la doctrina señala ciertas condiciones a esta posibilidad de limitación o exclusión, indicándose, al respecto, que ha de considerarse ilícito que el representante o auxiliar mismo pacte la exclusión de la responsabilidad por su propio obrar doloso y que ha de examinarse en cada caso hasta donde son tales pactos contrarios a las «buenas costumbres» o al espíritu del ordenamiento jurídico (70). También admite las citadas cláusulas el artículo 101 del Código suizo de las obligaciones. En Derecho italiano la admisibilidad de tales cláusulas resulta del artículo 1.228, que establece la responsabilidad por los auxiliares «salva diversa volontà delle parti». No obstante, en el artículo 1.229-2.º se señala la nulidad de los pactos de limita-

(65) LARENZ, *Op. y loc. cit.*, págs. 297 y 298.

(66) VISINTINI, *Op. cit.*, pág. 129.

(67) Así GARCÍA VALDECASAS, G., *Loc. cit.*, pág. 840.

(68) BECQUE señala una solución semejante para el Derecho francés (*Loc. cit.*, página 307). De gran interés es el análisis que TRIMARCHI hace de la expresión «esercizio delle incombenze» del artículo 2.049 del Código italiano (*Op. cit.*, pág. 151).

(69) En realidad, tal norma resulta de la afirmación que en el inciso señalado se hace de que no se aplica a la responsabilidad por los auxiliares la disposición del párrafo 276, párrafo 2.º, según el cual la responsabilidad a causa de dolo no puede ser anticipadamente dispensada al deudor.

(70) LARENZ, *Op. y loc. cit.*, pág. 299.

ción o exoneración de responsabilidad cuando el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya violación de obligaciones derivadas de normas de orden público.

En nuestro Derecho podría entenderse que el artículo 1.102 no es aplicable al supuesto de dolo de los auxiliares, siendo posible una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, en tal supuesto. La razón se encuentra en que las consideraciones que impiden al deudor pactar la cláusula de exoneración de responsabilidad por dolo personal, no se extiende al dolo del auxiliar, ya que una cláusula que excluya la responsabilidad en este caso, podría entenderse que deja siempre subsistir —como ha señalado algún sector de la doctrina extranjera— la eventual responsabilidad personal del deudor (71). Sin embargo, tal opinión es discutible, pues si se ha pactado la limitación o exclusión de responsabilidad por dolo o culpa del auxiliar, la eventual responsabilidad del deudor podrá surgir por otra causa; pero nunca del dolo o culpa del referido auxiliar. Por ello, tal vez sea acertada la opinión de aquellos autores que entienden que tales cláusulas no serían válidas en Derecho español, ya que aparte de los argumentos de orden positivo, habría que tener en cuenta que las mismas podrían esconder una connivencia entre principal y dependientes para defraudar al acreedor (72).

B) LA RELACIÓN ENTRE ACREEDOR Y AUXILIAR

Anteriormente ya se han señalado al respecto algunas cuestiones, así la relativa, así el acreedor puede o no dirigirse directamente contra los auxiliares de su deudor, por ello, aquí basta con señalar que la intervención del auxiliar debe ser cuestión interna entre éste y el deudor, totalmente ajena al acreedor. En consecuencia, la doctrina señala que no se estaría ante el supuesto de responsabilidad del deudor por los auxiliares, no sólo cuando el tercero asuma la obligación frente al acreedor —en tal caso se trataría de un traspaso de deuda, figura muy distante de la que aparece cuando el tercero es mero auxiliar—, sino también cuando el auxiliar ha sido elegido por el acreedor o en el supuesto de que cuando lo haya designado el deudor lo haya hecho observando determinadas instrucciones del mismo acreedor (73).

(71) VISINTINI, *Op. cit.*, pág. 114.

(72) GARCÍA AMIGO, M., *Op. cit.*, págs. 155 y 156.

(73) VISINTINI, *Op. cit.*, pág. 65.

Notas sobre parafernales en Aragón: el patrimonio privativo de la mujer casada aragonesa

JESUS DELGADO ECHEVERRIA

Prof. adjunto de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Introducción.—II. Derecho histórico.—III. El Apéndice de 1925.—IV. La Compilación. Idea general.—V. Composición y prueba.—VI. Administración. Cómo la mujer la recaba para sí.—VII. La contradicción entre los artículos 49 y 50, Compilación.—VIII. Administración por el marido.—IX. Administración por la mujer. Los frutos o ganancias.—X. El pasivo del patrimonio uxorio.—XI Disposición de los bienes de la mujer.—XII. Observaciones sobre la licencia marital.—XIII. Comparecencia en juicio de la mujer casada.

I. INTRODUCCION

Con el nombre de bienes parafernales suelen referirse hoy los Códigos y los autores a los bienes propios de la mujer casada, a su patrimonio general, las más de las veces para distinguirlo del dotal; y, en principio, cualquiera que sea el régimen legal o convencional de bienes en el matrimonio y la regulación a que concretamente estén sometidos dichos bienes parafernales. Con referencia a los parafernales, o bajo este título, suelen estudiarse y discutirse cuestiones distintas al régimen de éstos, relativas por ejemplo a la posibilidad de un régimen convencional de separación, a la administración en general de los bienes del matrimonio, a la capacidad de la mujer casada, a la contribución a las cargas, etc.

Entiendo por mi parte que, en el Derecho aragonés, debe hablarse, evitando el término de parafernales, de patrimonio general o bienes privativos de la mujer casada. Entiendo también que el problema del régimen o regulación jurídica a que está sometido dicho patrimonio debe distinguirse de otros problemas, como el de la capacidad de la mujer casada o el de la posibilidad de pactar un régimen de separación, por más que los antecedentes históricos y el tenor de las discusiones doctrinales producidas puedan aconsejar hacer una referencia a los mis-

mos. Para delimitar con la mayor precisión el objeto de estas notas, advierto que en ellas me propongo discutir como tema central, con referencia al Derecho aragonés vigente, la cuestión de la administración, disposición y responsabilidad del patrimonio privativo de la mujer casada aragonesa, y tocaré sólo en la medida en que es necesario para el desarrollo del tema central, la cuestión de la capacidad de obrar de ésta.

II. DERECHO HISTORICO

En el Derecho de los Fueros se establece como régimen económico del matrimonio un sistema de comunidad de muebles y adquisiciones en que los poderes del marido son predominantes. Se admite la existencia de bienes propios, de los que sin embargo no dispone el titular libremente, sino en concurrencia con su cónyuge; además, los propios de la mujer se encuentran bajo la administración del marido.

Como explica LACRUZ (1), el sistema más antiguo se basaba en principios muy sencillos: dirección del marido, disposición conjunta de los bienes y capacidad de la mujer restringida al ámbito de la administración doméstica. El marido tiene una especial potestad sobre todos los bienes de la mujer, en cuya virtud los contratos celebrados por la mujer sin el asentimiento de aquél no afectan al patrimonio común, ni al propio que se encuentra bajo el poder del marido. Fuera del ámbito de la administración del hogar, la mujer no está legitimada para contratar ni para obligarse, y a lo más se le permite el aceptar donaciones simples, y testar (2).

En la *Compilación de Huesca*, a diferencia de las *Recopilaciones* anteriores, no hay reglas sobre capacidad de la mujer casada, lo cual no parece que se deba a la intención de derogar las que la limitaban en la forma dicha, sino a la consideración de que, siendo todos los muebles comunes y administrados por el marido, y siendo necesario el asentimiento de ambos cónyuges para la enajenación de los inmuebles, la capacidad de la mujer quedaba suficientemente limitada (3).

No deja de ser verdad, como dice PALÁ MEDIANO (4), que «en el antiguo Cuerpo legal de Fueros y Observancias no aparece precepto alguno que establezca la subordinación de la esposa con la institución de la potestad marital y sus secuelas del deber de obediencia y de la interposición de la licencia como regla general para todos los actos jurídicos de la mujer. Las limitaciones que producía el matrimonio, no ya en la capacidad jurídica, sino en el poder de disposición sobre los bienes matrimoniales, se referían a ambos cónyuges

(1) LACRUZ, *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*, ADA, 1946, página 92.

(2) LACRUZ, ADA, 1946, pág. 98.

(3) LACRUZ, ADA, 1946, pág. 99.

(4) PALÁ MEDIANO, *La esposa administradora en la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, RCDI, 1968, pág. 352.

que habían de actuar conjuntamente, o uno de ellos con el consentimiento del otro» (5). Pero de esto no se deduce que la mujer tuviera un ámbito de actuación económica independiente, sino que su posición jurídica estaba sustancialmente equiparada a la de su marido, a través de limitaciones recíprocas en las facultades de disposición.

Con todo, la situación de la mujer casada fue deteriorándose con el paso del tiempo. No por nuevas restricciones al ámbito de su actuación independiente, que difícilmente las admitía, sino por la supresión de su intervención en las actuaciones del marido. Es característico a este respecto el paso de una regla de codisposición de inmuebles, tal como vemos en los Fueros *Ne vir sine uxore* (6), a otra en la que se respeta tan sólo un derecho expectante de viudedad a favor de la mujer en las enajenaciones que sin su intervención haga el marido de los bienes inmuebles tanto comunes como privativos, tal como establecen las Observancias de la misma rúbrica (7). A la vez que Observancias y Autores consideran al marido como *dominus rerum mobilium* (8) y amplían desmesuradamente la responsabilidad de los bienes comunes

(5) V. en PALÁ, RCDI, 1968, 353, una enumeración de textos del Cuerpo de Fueros y Observancias en que aparece la equiparación entre cónyuges.

(6) F. 1.º «*Ne vir sine uxore: aut uxor sine viro alienare possit.—Nullus homo infans, aut alius quicumque sit, ex quo habet legitimam uxorem, aliquas hereditates quas habeat ea vivente, habeat filios aut non, de caetero secundum forum non potest, nec debet ullam de ipsis haereditatibus sine assensu, et voluntate uxoris, vendere aut pignorare, aut permutare, vel dare, aut alio modo, vel causa alienare: ex quo iure hereditario dignoscitur in re vera ad eos pertinere. Idem forus est de uxore.*»

F. 2.º «*Ne vir sine uxore: aut uxor sine viro alienare possit.—Statuimus quod vir sine uxoris assensu, nec uxor sine assensu viri sui possint alienare bona eorum.*»

Según LACRUZ (ADA, 1946, 90 ss.) este Fuero 2.º, atribuido a la Compilación de Huesca, nunca ha pertenecido realmente a ella (lo mismo que otros igualmente relativos al régimen matrimonial de bienes: el 2.º *De contractibus coniugum* y el 7.º *De homicidio*), no se encuentra en el texto de ninguno de los manuscritos antiguos y, además, nunca debió ser observado.

En el manuscrito que transcribe Tilander (II, 78), estos fueros dicen como sigue: «El marido sin voluntat dela muller nin la muller sin voluntat del marido non pueden vender eredit ninguna. (2) Nengun infançon: o qual quiere otro pues que ouiere muller a bendición, non puede ni deue vender nj enpenar ni dar ni camiar ni allenar en nenguna manera las heredades que él ha, ella biva estado, si no fore con otorgamiento e con grados voluntat de so muller, pues que verdadera mientras perteneçe ad ellos aquella heredit por razon de heredamiento (3) Aquel mismo fuero es de la muller, que no puede allenar nenguna cosa de so heredamiento sin uoluntad de so marido (4), qual digna cosa es que, pues que aiuntamiento de casamiento los faze un cuerpo, después el uno non puede vender ni allenar nenguna cosa de lo suyo, menos de uoluntad del otro.»

(7) Obs. 2. *Ne vir sine uxore*, lib. 2: *Item, vir in mobilia, in quibus uxor debet habere viduitatem, potest alienare: sed remanet ius uxoris salvum, scilicet, quod possit tenere viduitatem in eis, si talis casus euenit.*—En el mismo sentido, la Obs. 26 *De iure Dotium*, lib. 5.

(8) Obs. 32. *Di iure Dotium*, lib. 5: *Item, uxor non potest petere debitum quod ei debebatur, nisi cum consensu viri, cum ipse sit dominus et administrator rerum mobilium, et si egerit non valet, nisi maritus ratum habuerit, et in tali casu valet ratihabitio, quia in illo casu non habet locum observantia quae dicit, quod ratihabito locum non habet in iudiciis.*

y aun de los inmuebles de la mujer por deudas del marido. A lo que no se llegó nunca es a admitir la libre disposición por el marido de los inmuebles de su mujer (9), y no es raro que en ocasiones los Tribunales lleguen a soluciones de equidad, más favorable a ésta (10).

Se incluye también entre las Observancias una que, a pesar de tratar de Derecho público fiscal —el impuesto del maravedí o monedaje— contiene una afirmación muy directamente referida a nuestro tema y que los Autores y Tribunales repetirán desde entonces: «en Aragón no hay bienes parafernales» (11). Me refiero a la Observancia 7.^a *Declarationes monetatici*, lib. 9, cuyo tenor es el siguiente: *Item, si aliqua domina habens, et obtinens iura parafernalia de quibus potest facere suas proprias voluntates: si solvet unum morabatinum. Dicendum est, quod cum in Regno Aragonum uxor non possit habere bona parafernalia: quia undecumque ei obveniant, eo iure censentur, quo alia bona quae tempore contracti matrimonii habebat maritus suus, et ipsa non tenetur solvere, nisi unum morabatinum: sed si sit extra Regnum, et possit habere bona parafernalia, et habeat, tenetur solvere morabatinum.*

Probablemente el alcance de esta Observancia no excedía del Derecho fiscal —en el que, desde siempre, los conceptos jusprivatísticos

(9) S. A. Z. 5 de julio 1860.—Es nulo el contrato de permuta de bienes sitios otorgados por dos maridos, sin haber intervenido ni obtenido autorización de sus respectivas mujeres interesadas en dichos bienes, poseídos pro indiviso. Ripollés, III, n. 813, p. 128.

S. A. Z. 17 diciembre 1885.—No siendo el marido sino gerente de la sociedad conyugal, jefe de la familia, y, como tal, administrador de los bienes que constituyen el patrimonio de aquélla, no puede otorgar, válidamente, un convenio que afecta a una finca de su mujer, figurando él como propietario y extipulando, bajo tal error de concepto, condiciones e imponiendo gravámenes y cargas sobre dicha finca, de índole extradotal o parafernál, toda vez que el marido no puede realizar, como acto administrativo, lo que es puramente peculiar del dominio, lo cual influye en la fuerza y validez del acto cuyos efectos son los de una obligación personal que no compromete a su mujer, si no está conforme en respetarlo.—Ripollés, III, n. 823, pág. 132.

(10) S. A. Z. 26 de junio 1863.—Si bien el marido es el administrador legal de todos los bienes del matrimonio, ya procedan del uno o del otro cónyuge, la cualidad de administrador no le da derecho para disponer del capital dotal de la consorte para invertirlo en sus negocios particulares. [En su virtud, se declara que una mujer casada, que solicitó se separase a su marido de la administración de los bienes dotales —bajo cuyo nombre hay que entender probablemente todos los de la mujer—, podía hacer uso de una cantidad depositada, como suya, para subvenir a los gastos de los pleitos con su marido, sin que éste tuviera derecho a la mitad que en ella reclamaba.] Ripollés, III, núm. 707, página 63.

(11) S. A. Z. 26 marzo 1890.—La mujer no tiene en Aragón bienes parafernales, esto es, bienes de los que puede disponer a su libre voluntad. [El pleito versaba sobre responsabilidad de los bienes comunes por obligaciones delectuales del marido.] Ripollés, III, núm. 736, pág. 81.

S. A. Z. 3 julio 1891.—Se ha demostrado, también, que es costumbre en el pueblo donde radican los bienes litigiosos, poner a nombre, tan sólo, del marido, los bienes pertenecientes a la mujer casada, la que no figura, nunca, en dichos documentos estadísticos. Ripollés, III, n. 776, nota, pág. 103.

sufren una elaboración o deformación característica—; en todo caso, debe verse simplemente en ella una postura de antirromanismo, expresándose con terminología romana, pero intención contraria, que tampoco en materia de régimen matrimonial de bienes se aplica en Aragón el *Corpus Iuris*. No es argumento para negar la posible existencia de parafernales por pacto (12).

No interesa mayormente a nuestro tema, centrado en el Derecho vigente, la exposición de la doctrina de los autores, en la que puede subrayarse la consideración de todos los bienes de la mujer como dote, con importantes consecuencias en cuanto a las garantías de la misma. Sí es por el contrario de interés analizar la postura de la doctrina toralista del siglo pasado con respecto a los parafernales.

ISABAL (13), resumiéndola, recoge la discusión sobre si puede haber parafernales por pacto (en la que se inclina por la afirmativa, aun admitiendo que la opinión del país no se manifiesta propicia a la existencia de parafernales): recuerda una de las conclusiones del Congreso aragonés de 1880 («bajo ningún concepto es aceptable en Aragón el Derecho vigente en Castilla sobre bienes parafernales»); y recoge la crítica que con cierta vehemencia dirige FRANCO y LÓPEZ a la posibilidad misma de dejar a la mujer el manejo de ciertos bienes en concepto de parafernales (13 bis).

Juzgo de especial interés el análisis del planteamiento que FRANCO y LÓPEZ hace de la cuestión de los parafernales, ya que nos proporciona una clave para entender el sentido que la discusión ha tenido y tiene todavía en relación con la capacidad de la mujer casada o, más ampliamente, con la equiparación jurídica entre marido y mujer. Para FRANCO y LÓPEZ, la no existencia de parafernales es una disposición «acertadísima y muy sabia»; lo contrario «sólo puede producir desavenencias y disgustos en el matrimonio»: critica por ello las leyes romanas y de Partidas, que a pesar de proclamar, respectivamente, «*bonum erat mulierem quae se ipsam marito committit res etiam eiusdem pati arbitrio gubernari*», y «la mujer que mete su cuerpo en poder de su marido no debe desapoderar de la dote», en contradicción de estos principios establecen una separación entre bienes dotales y parafernales, «para conceder sobre éstos a la mujer una independencia no muy cuerda ni procedente». Opina además que ninguna ventaja puede resultar para la mujer, ya que, «no obstante tener la administración de los bienes parafernales, no puede otorgar contrato alguno sobre ellos sin licencia y consentimiento de su marido»; y termina diciendo: «¿No es preferible, así para la paz y para el buen orden de la familia, a la vez

(12) Cfr. PALÁ, RCDI, 1968, 362.

(13) ISABAL, *Exposición y comentario*, etc. Zaragoza 1926, pág. 440.

(13 bis) Crítica, a lo que parece, bastante extendida en Aragón. V. SAVALL y PENÉN, *Discurso preliminar*, núm. 202 i. f. «... de esta suerte y, rechazando, con razón sobrada, la inconcebible y anárquica institución de los parafernales, constituye (el fuero) al marido en verdadero jefe de la familia respecto de los bienes, como lo es por la naturaleza y por la ley respecto de las personas».

que hasta para la mayor seguridad de estos bienes, el hacerlos de la misma condición que los dotales?» (14).

Llamo la atención sobre el hecho de que estos razonamientos no tienen una base específica en el Derecho aragonés, sino que responden a un estado de opinión muy extendido entre los juristas españoles del siglo XIX, de cualquier provincia, en gran parte por influencia del Código de Napoleón, sobre la incapacidad de la mujer y su subordinación económica al marido. En particular, el tipo de argumentación empleado por FRANCO y LÓPEZ es el mismo de GARCÍA GOYENA en sus «Concordancias», de las que recoge incluso la observación sobre la incongruencia de las leyes romanas y de Partidas. Copia también el autor aragonés en el articulado adjunto a su Memoria, como máxima concesión a la mujer, el 2.º párrafo del artículo 124 del Proyecto isabelino, abriendo así paso a una institución (los llamados «pactos de alfileres») que, si ya en Castilla resultaba extranjera, era totalmente desconocida en Aragón (15).

De la lectura de las páginas de FRANCO y LÓPEZ sobre los parafernales, comparándolas con las de GARCÍA GOYENA, se saca la impresión de que ambos, situados en el terreno de la política legislativa y en trance de preparar la promulgación de leyes nuevas, se mueven en el mismo espíritu contrario a la independencia económica de la mujer casada, espíritu común entonces en toda Europa y, en todo caso, no específico del Derecho aragonés. Creo que del mismo modo, es decir, como manifestación quizá ya algo retrasada de un «espíritu europeo» y no como exponentes de la tradición aragonesa, hay que interpretar los textos de los anteproyectos de 1899 y 1904 (16).

(14) FRANCO y LÓPEZ, *Memoria*, págs. 156-158.

(15) Del articulado adjunto a la Memoria interesan especialmente a nuestro tema los siguientes artículos:

Artículo 186.—Son dotales y disfrutan por tanto del privilegio de tales, todos los bienes propios de la mujer, tanto los que en el concepto de dote o bajo cualquier otro título aporte al matrimonio, como los que durante el mismo adquiriese por donación, herencia o legado.

Artículo 187.—La administración y usufructo de todos ellos sin excepción pertenecen al marido, con obligación de cubrir las cargas del matrimonio.

Artículo 188.—La ley no reconoce la existencia de bienes parafernales o extradotales.

Artículo 189.—Tan sólo podrá estipularse en favor de la mujer la facultad de percibir directamente y en virtud de simple recibo suyo, una parte de las rentas de sus bienes dotales para sus atenciones personales comprendidas bajo el nombre de alfileres. Esta parte, sin embargo, no podrá nunca exceder de la décima de las rentas líquidas de los bienes de ambos cónyuges.

Estos artículos se reproducen exactamente en los 215-217 de la Adición a la Memoria; el 217 recoge la materia de los 188 y 189 de la Memoria, sin más alteración que suprimir el inciso «comprendidas bajo el nombre de alfileres».

(16) *Proyecto Ripollés* (1899).—Artículo 11.—El marido, cualquiera que sea su edad, es el administrador de todos los bienes del matrimonio. El marido podrá sin embargo autorizar a su mujer para administrar dichos bienes o parte de ellos. Se exceptúan de esta regla los casos comprendidos en el artículo 50 del Código civil general, los cuales deberán regirse por las disposiciones del mismo.

Artículo 123.—La administración de la sociedad conyugal se regirá por las

Ahora bien, por ello mismo debe considerarse normal una evolución en el Derecho aragonés en esta materia, paralela a la producida tímidamente en Castilla en 1889 (introducción a última hora de los parafernales en el Código), y, en general, mucho más acusadamente, en todos los Derechos europeos a partir de la primera guerra europea (17).

siguientes reglas: 1.^a Por lo dispuesto en los artículos 11, 12 y 13 de este Código, y en los anteriores capítulos del presente título. 2.^a La mujer no puede disponer de sus propios bienes ni de los gananciales sin consentimiento del marido: El contenido de este artículo se entiende sin perjuicio de lo preceptuado en el artículo 62 del Código civil general, de la facultad que tienen marido y mujer para disponer de sus bienes por actos de última voluntad, y de las demás disposiciones que rigen en los casos de ausencia, separación de bienes de los cónyuges y otros determinados en las leyes, en cuanto no se opongan a lo prescrito en este Código. 3.^a El marido no podrá arrendar los bienes sitios de la sociedad conyugal por más tiempo de un año sin consentimiento de su mujer, si percibe el precio del arrendamiento por anticipado y ella disfruta del derecho de viudedad llamado espectante en este Código.

Artículo 118.—No se reconoce la existencia de bienes parafernales o extradotales. Por tanto, no tendrán aplicación, en ningún caso, las disposiciones del capítulo IV, título III, libro IV del Código civil general. El marido podrá, sin embargo, autorizar a su mujer para que administre determinados bienes, conforme al artículo 11 de este Código.

Artículo 13.—Los bienes sitios del marido, de la mujer y de la sociedad conyugal, no podrán ser enagenados, gravados ni hipotecados por actos intervivos, sino con el consentimiento expreso de ambos cónyuges. Tampoco podrá hacerlo el cónyuge culpable del divorcio sin consentimiento del inocente que disfrute del derecho de viudedad.

Proyecto Gil Berges (1904).—Artículo 25.—Por el hecho del matrimonio está facultado el marido, sin que aun siendo menor de dieciocho años necesite consentimiento o asistencia de otras personas: 1.^o Para administrar todos los bienes del consorcio, sean originariamente suyos, de la mujer, o de ambos, salvo lo que se establece en el artículo 20. 2.^o Para llevar en juicio y fuera de él, la representación de la sociedad y la personal de cada cónyuge. 3.^o Para promover, en consecuencia, los asuntos y reclamaciones que correspondan al matrimonio con relación a cualesquiera derechos y sucesiones; entendiéndose que en razón de la administración general, de su participación en el dominio de los muebles y de su viudedad espectante en las raíces o inmuebles, podrá ejercitar las acciones de la mujer aun contra la voluntad de la misma. 4.^o Podrá disponer libremente y en calidad de dueño de los bienes y derechos que se especifican en los cinco primeros números del artículo 23 [Muebles y asimilados]. Serán nulas, sin embargo, en cuanto a la mitad que en dichos bienes y derechos afecta a la mujer, las liberalidades que hubiere realizado bajo cualquier forma durante su última enfermedad, y las donaciones que llevase otorgadas o constituidas aun en estado de salud, si retiene hasta su muerte la posesión de los objetos en que consistan. 5.^o Y para enajenar, permutar y gravar con hipoteca o servidumbre las raíces o inmuebles en que pudiera corresponder viudedad a la mujer, quedando siempre a salvo el derecho de ésta, si no hubiese consentido tales actos.

Artículo 36.—Lo establecido en esta sección no altera las reglas del Código general para el régimen de bienes de las personas que contraen matrimonio en desprecio de las prohibiciones de la ley, ni sobre validez de los contratos celebrados por la mujer respecto de cosas que están por su naturaleza destinadas al consumo ordinario de la familia, o sobre joyas y muebles u objetos preciosos.

(17) Cfr. PALÁ MEDIANO, RCDI, 1968, esp. págs. 374-375 y 396.

III. EL APENDICE DE 1925

En el Apéndice se recogieron, por lo demás con deficiente técnica, las opiniones comunes a principio de siglo sobre administración, disposición y responsabilidad de los diferentes patrimonios de la sociedad conyugal. En la autorizada opinión de LACRUZ (18), «el sistema de responsabilidad por deudas y de gestión de la comunidad a que llega el Apéndice es la culminación de una serie de desaciertos y errores». Además de las razones de fondo —graves diferencias con el Derecho histórico, escasas garantías y falta de consideración para la mujer— la redacción misma del texto legal es confusa, en especial por lo que se refiere al artículo 49, «uno de los menos afortunados del Apéndice» (19).

En principio, todos los bienes de la mujer «tienen la consideración de dote» (art. 61, párr. 1.º). Denominación impropia, porque no se entregan al marido para que los usufructúe. El marido los administra, y debe prestar garantía como si se tratara de dote inestimada.

A la mujer no le queda atribuido «el manejo de bienes algunos en concepto de parafernales», salvo pacto en contrario (art. 49). La admisión expresa del pacto en contrario no deja de ser un acierto, ya que con base en el mismo se admite tanto la administración por la mujer de sus propios bienes —existiendo por lo demás comunidad de muebles y adquisiciones— sin necesidad de licencia marital en el ámbito de la administración, como un régimen de separación con las mismas facultades de administración por parte de la mujer. Con todo, la necesidad de pacto hacía que la mujer no pudiera fácilmente recuperar la administración de sus bienes precisamente cuando, por desavenencia con su marido, mayor peligro corrían éstos.

Fuera del caso de pacto, la administración de todos los bienes de la mujer corresponde al marido, como administrador y representante de la sociedad conyugal en su más amplio sentido. Los actos de disposición sobre los inmuebles propios de la mujer necesitan el expreso

(18) LACRUZ (-SANCHU), *Derecho de familia*, Barcelona, 1966, pág. 270.

(19) Artículo 49.—El marido es el administrador y el representante, así en juicio como fuera de él, de la sociedad conyugal, sin que a la mujer le quede atribuido, salvo pacto en contrario, el manejo de bienes algunos en concepto de parafernales (...). Sin expreso consentimiento de la mujer, el marido no puede enajenar ni gravar los inmuebles o sitios que pertenezcan privativamente a aquélla. La mujer conservará durante la sociedad conyugal el dominio, aun cuando dichos bienes hayan sido estimados al tiempo de aportarlos o al adquirirlos, y consiguientemente, tampoco puede el marido por sí solo representar en juicio estos derechos dominicales retenidos por la mujer (...).

Los arrendamientos u otros disfrutes de fincas propias de la mujer, o de las que estén afectas a un derecho expectante de viudedad, otorgados por tiempo que exceda de un año, caducarán al fallecer el marido, si la mujer no los hubiere consentido explícitamente. En cuanto perjudiquen a ésta, serán nulas las anticipaciones de precio o merced.

consentimiento de ésta: pero obsérvese que quien dispone, al menos según la letra del artículo 49, es el marido. No parece excluirse, de todos modos, la posibilidad de que sea la mujer quien disponga con simple licencia marital: el párrafo 1.º, al final, del artículo 49, al decir «tampoco las enajenaciones que haga la mujer de inmuebles sobre los cuales tenga el marido derecho expectante de viudedad, pueden perjudicarle sin renuncia expresa de éste», parece suponer esta posibilidad, admitida sin más por Autores y Tribunales, como era procedente.

La administración y representación de la sociedad conyugal lleva consigo la legitimación procesal del marido para todos los pleitos relativos a bienes de la mujer, dentro del ámbito de la administración (vg., desahucio), pero no de la disposición (vg., reivindicación). Este al menos parece el sentido más sensato del párrafo del artículo 49 que dice «tampoco puede el marido por sí sólo representar en juicio estos derechos dominicales retenidos por la mujer»; pero la jurisprudencia regional no siempre lo entendió así, sino que admitió en ocasiones la representación de la mujer por el marido en materias de disposición aun contra la voluntad de aquélla (20).

Por último, los bienes propios de la mujer responden, subsidiariamente a los comunes, por todas las deudas contraídas por el marido, excepto las contraídas en su propio provecho, con ocasión de vicios, afianzando a favor de otros o con propósito conocido de perjudicar a aquélla (pero presumiéndose la deuda contraída en beneficio común).

IV. LA COMPILACION.—IDEA GENERAL

El legislador ha partido indudablemente de una valoración de la posición económica de la mujer en la sociedad conyugal más favorable a sus intereses y a su libertad que la que resultaba del Apéndice, con consecuencias importantes en tema de gestión de la comunidad y de responsabilidad por deudas. Por lo que se refiere a la administración de los bienes privativos de la mujer, expresamente hace notar la Exposición de Motivos que precede a la Compilación: «A pesar de que la tradición jurídica aragonesa sea opuesta al manejo de parafernales por la mujer, en obediencia al principio de equiparación de los cónyuges se prevé que aquélla administre sus bienes privativos cuando así lo recabe».

La expresada tendencia a la equiparación jurídica entre marido y mujer no es por lo demás una novedad absoluta en la doctrina aragonesa, que en este punto contaba con un importante trabajo de PALÁ (21), escrito para la Comisión que en 1935 fue encargada de

(20) Vid. § XIII.

(21) PALÁ MEDIANO, *Posibles aplicaciones del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges en una ordenación del Derecho aragonés*, ADA., 1949-1950,

la reforma del Apéndice, en el que se trata especialmente de aplicar al futuro cuerpo del Derecho aragonés el principio, constitucional entonces, de la igualdad jurídica entre los cónyuges. En este trabajo se proponía la creación de los bienes especialmente reservados, que serían administrados libremente por el cónyuge titular, y no estarían afectos a las cargas del matrimonio.

La preocupación por la equiparación jurídica entre marido y mujer ha estado presente en los sucesivos estadios de elaboración de la Compilación vigente, aunque quizá más subrayada en los textos primitivos (especialmente en el del Seminario) que en el definitivo. El criterio fundamental, señalado ya en el citado trabajo de PALÁ, y el único compatible con el mantenimiento del régimen tradicional de bienes —y que además tiene seguros antecedentes en el régimen de los Fueros— tiende a la equiparación a través de la codisposición, es decir, a través de la necesaria intervención en pie de igualdad, de ambos cónyuges, para todos los actos de disposición tanto sobre los bienes comunes como sobre los propios de cada uno: rechazando al mismo tiempo la equiparación a través de la separación de patrimonios y la libre administración y disposición independientes. Este criterio de la equiparación por la codisposición alcanzaba acabada expresión en el artículo 115 del ASCJA, cuyo tenor era el siguiente: «Enajenaciones. —Fuera de las facultades de administración, la disposición de bienes comunes requiere el acuerdo de marido y mujer, y la de bienes propios de cada cónyuge el asentimiento del otro. Tales acuerdo o asentimiento podrán ser suplidos, no pudiendo o no queriendo prestarlos el cónyuge, por decisión del Consejo de Parientes con aprobación judicial—. No obstante, es válida la disposición del cónyuge administrador sobre bienes comunes, y la de cada cónyuge sobre los que son propios, cuando sea a título oneroso y verse sobre bienes aparentemente destinados a la especulación o no afectos de modo permanente al uso y provecho familiares». El segundo párrafo transcrito procedía de las interesantes ideas expuestas por LORENTE SANZ en otro breve pero fundamental trabajo sobre la materia (22).

El artículo 115 del ASCJA pasó literalmente al ACJA 1962. con el número 119, pero fue ya sustancialmente alterado en el texto del ACJA 1963, en el que desaparece tanto la codisposición sobre bienes privativos como el especial criterio del segundo párrafo. En adelante, faltará una norma específica sobre disposición de bienes propios.

páginas 7-38. Con posterioridad a la Compilación, el mismo PALÁ ha publicado dos magistrales trabajos que abarcan también esta materia: *La esposa administradora en la Compilación del Derecho civil de Aragón*, RCDI, 1968, páginas 349-403, y *La promoción de la mujer casada en la Compilación Aragonesa y en el Derecho comparado*, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, I, Pamplona 1969, págs. 291-416.

(22) LORENTE SANZ, *Observaciones sobre el principio de disposición de los bienes comunes*, ADA, 1949-1950, págs. 433-438.

Además, el ASCJA incluía un artículo con el titulillo de «Bienes propios de la mujer», en el capítulo denominado «Bienes de la mujer. Dote y firma de dote» (23). Su supresión, esta vez por el ASECGC 1965, crea una laguna en tema de garantía de la integridad de los bienes de la mujer administrados por el marido, además de dos errores o defectos de sistemática: en adelante, y así en la Compilación vigente, la dote y la firma de dote, junto con las más variadas instituciones consuetudinarias, se incluirán en un capítulo denominado «Del régimen matrimonial paccionado» (aunque pueden no entrañar pacto alguno que afecte al régimen de bienes), y la única norma específica sobre los bienes de la mujer quedará encuadrada en una sección que se denomina «Gestión de la comunidad».

En definitiva, el tema de los bienes privativos o propios de la mujer (nunca se habla en la Compilación de «parafernales» excepto en el texto citado de la Exposición de Motivos), está regulado en la Compilación por los siguientes textos fundamentales:

Artículo 49. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE LA MUJER.

Uno.—El marido administrará los bienes privativos de la mujer, en tanto no se haya estipulado lo contrario o ella no recabe para sí la administración.

Dos.—El poder de administrar lleva consigo el de realizar cuantas actuaciones judiciales y extrajudiciales exija su normal ejercicio.

Este artículo viene precedido por uno dedicado a la administración de la comunidad, y seguido de éste otro, también de notable importancia para nuestro tema:

Artículo 50. PRIVACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.

El cónyuge administrador puede ser privado por resolución judicial, en procedimiento sumario, de las facultades que le conceden los artículos anteriores, si en su ejercicio incurriere en culpa grave o negligencia habitual, con notorio perjuicio de los intereses familiares.

A éste sigue otro artículo con el titulillo «Enajenaciones», que se refiere únicamente a las relativas a bienes comunes (recuérdese que otra cosa sucedía en el texto del ASCJA). Estos cuatro artículos están encuadrados como he dicho en una Sección —la IV del capítulo III (Del régimen matrimonial de bienes), del título IV (Del régimen económico conyugal), del libro I (Derecho de la persona y de la familia)— que se denomina «Gestión de la comunidad».

(23) Es el 96, que decía: «Bienes propios de la mujer.—Los bienes propios de la mujer, cuando no se haya pactado la separación absoluta, serán administrados conforme a los artículos 112 a 116. El marido deberá garantizar la integridad de los bienes o cantidades propios de la mujer que administre, en la forma dispuesta por los artículos 1.349 y ss. del Código civil para los bienes dotales».

Paso ahora a exponer diferentes aspectos del régimen del patrimonio general de la mujer casada aragonesa, por el siguiente orden: composición y prueba, administración por la mujer y por el marido, actos de disposición, y responsabilidad, para terminar con algunas consideraciones sobre capacidad, licencia marital y comparecencia en juicio de la mujer casada aragonesa.

V. COMPOSICION Y PRUEBA

No hay en la *Compilación* normas específicas sobre la consistencia del patrimonio privativo de la mujer, ya que en esto su posición es idéntica a la de su marido, y las reglas son generales para ambos, estando constituidas esencialmente por el artículo 38, y el 40 en cuanto a la presunción de comunidad.

Hay que tener en cuenta que la doctrina común sobre los «parafernales confesados» y sobre la constatación registral de la titularidad de los bienes de los que no conste la naturaleza privativa del dinero con que se adquirieron, sufre sustancial alteración, por la incidencia de la norma aragonesa que permite a los cónyuges «hacerse donaciones y celebrar entre sí toda clase de contratos» (art. 24), y la del artículo 29, que dice: «Muebles por sitios o viceversa». Serán válidos aquellos pactos y declaraciones consignados en escritura pública, aun fuera de capítulos, por los cuales, a efectos de extender o restringir la comunidad, ambos cónyuges atribuyan a bienes muebles la condición de sitios, o a éstos la de muebles» (24).

VI.—ADMINISTRACION.—COMO LA MUJER LA RECABA PARA SI

El tema de la administración es el fundamental de la regulación de los bienes de la mujer en la *Compilación*: por ser el único expresamente atendido, por introducir una consciente divergencia —anotada en la *Exposición de Motivos*— con respecto al Derecho anterior, y porque parece acomodado a producir dificultades de interpretación y conflictos prácticos. Veamos primero en qué casos administra el marido, y cuándo la mujer, para estudiar después los matices de esta administración según corresponda a una o a otro.

Como hemos visto, bajo el Apéndice todo los bienes de la mujer estaban administrados por el marido, sin que a aquélla se le reservara el manejo de bienes algunos en concepto de parafernales. El legislador actual, deseoso de ampliar el ámbito de actuación económica de la

(24) Vid. BATALLA, *La Compilación y el Registro de la Propiedad*, BCAAZ, número 34, pág. 28, y en «Foro Aragonés» 1951, 16, el comentario editorial a S. A. Z. 5 de febrero 1951.

mujer, reconoce la posibilidad de que ésta administre; pero respetuoso con la situación fáctica, según la cual, de ordinario, es el marido quien administra todos los bienes del matrimonio, reconoce a éste una amplia legitimación para ello.

Puede ser provechoso el parangón con el régimen del Código civil: en éste, según interpreta hoy la mejor doctrina, la mujer tiene la administración de los bienes parafernales (art. 1.384), sin que en el ámbito de la mera administración necesite de licencia, que le es sólo necesaria para «enajenar, gravar e hipotecar» (art. 1.387), limitándose de este modo el alcance de los artículos 59 a 62. El marido, en principio, carece de legitimación para administrar o disponer de los bienes parafernales (art. 1.383), salvo que éstos le hubieran sido entregados por la mujer, ante Notario, con intención de que los administre, en cuyo caso debe prestar garantía como si se tratara de dote inestimada (art. 1.384), quedando sometido en el ejercicio de la administración a las reglas de los bienes dotales inestimados (art. 1.389), cuyo régimen en general se aplica a estos parafernales entregados. Ahora bien, la realidad enseña que de ordinario es el marido quien administra, por voluntad o no oposición de la mujer, sin que medie entregue bajo fe notarial ni constitución de garantías; la mujer podrá en todo momento privar de la administración a su marido, sin formalidad alguna ni alegación de causa, pero los terceros no podrán negar al marido la legitimación oportuna, aplicándose en este sentido la norma del artículo 60, «el marido es el representante de su mujer».

En la Compilación se parte de esta situación normal en la práctica, reconociéndose expresamente la facultad del marido para administrar, facultad que parece ser para él también un deber, como parte de su función de administrador ordinario de la comunidad entendida en su más amplio sentido, es decir, incluyendo los bienes de ambos cónyuges. Pero, en atención al principio de equiparación entre los cónyuges, se permite a la mujer recabar para sí la administración (25).

Prescindiendo por el momento del artículo 50, y del alcance posible de lo estipulado en contrario, el párrafo 1.º del artículo 49 parece implicar que la mujer puede recabar en cualquier momento, de cualquier forma, y sin expresión ni necesidad de causa alguna, la administración de sus bienes. De todos ellos, o sólo de algunos. Todas las facultades de administración, o sólo una parte. Para un caso concreto, tiempo o negocio determinado, o de manera general y permanente.

(25) Como precedentes o concordancias de este sistema en el Derecho comparado pueden citarse los artículos 1.238 y 1.239 del Código civil general austríaco de 1811, reformados en 1956, la Ley argentina de 22 agosto 1926, y el proyecto belga del ministro Wigny en 1965. En estos ordenamientos el recabar la mujer la administración de sus propios bienes requiere alguna declaración más o menos formal ante organismo competente: Secretario del Tribunal en Austria, inscripción en Registro especial en Argentina, declaración ante el *greffier* del Tribunal en el Proyecto belga. Datos tomados de PALÁ, RCDI, 1968, página 397-398.

Parece que lo que la ley le quiere conceder es precisamente la posibilidad de dirigir sus asuntos, sin establecer ninguna formalidad o trámite especial, y, particularmente, eliminando la doctrina de los parafrenales entregados o no entregados.

PALÁ explica que la mujer no necesita formalidad alguna para recabar la administración: «El verbo recabar es lo suficientemente expresivo para entender que es bastante la declaración unilateral de la esposa de querer administrar sus bienes privativos, declaración dirigida al marido administrador, pero no de carácter recepticio... A falta de aceptación o aprobación del marido será preciso comunicarle en forma auténtica, si no se hubiere hecho, la declaración de la esposa de querer administrar y para hacerla efectiva frente a terceros habrá que presentar a éstos la declaración notificada al marido. Esta notificación puede practicarse notarial o judicialmente» (...). «La oposición a la voluntad de la declarante sólo podrá admitirse cuando se fundamente en la capacidad o ineptitud de la esposa para administrar sus bienes o hallarse en alguna de las circunstancias que le impiden o le privan del ejercicio de tal función» (26).

Además, la actividad de la mujer respecto a sus bienes puede producirse sin que el marido pierda la administración en todo lo que no sea afectado por los actos de su mujer. En consecuencia, en mi opinión la mujer puede contratar libremente en el ámbito de la administración, porque es la titular de los bienes y el mero hecho de contratar es ya recabar para sí la administración; y el marido puede contratar en el mismo ámbito por ser tal marido y administrador de la comunidad, sin necesidad de ningún otro título, poder o prueba del mismo. Todo ello parece justo y práctico.

Se reconoce pues a la mujer casada un ámbito de actuación (además del de gobierno del hogar) en el que sus actos son válidos sin necesidad de licencia: en la aplicación a Aragón del artículo 61 del Código civil, resulta del artículo 49-1.º de la Compilación una limitación de de aquél, similar a la que en Castilla suponen los artículos 1.384 y 1.387 del Código civil. La no necesidad de licencia para los actos que la mujer casada realiza en el ámbito de la administración de sus bienes es la consecuencia más importante de la innovación de la Compilación (27).

VII. LA CONTRADICCIÓN ENTRE LOS ARTICULOS 49 y 50 DE LA COMPILACIÓN

Pero al llegar a este punto surge una duda que me parece del mayor interés: leídos detenidamente los artículos 49 y 50 de la Com-

(26) PALÁ MEDIANO, RCDI, 1968, págs. 398-399.

(27) Como dice PALÁ (RCDI, 1968, pág. 401) «sería injusto limitarla [la administración] para la mujer en sus bienes propios y concederla al marido libremente sobre los bienes de aquélla».

pilación, se observa una grave contradicción entre los mismos, ya que el artículo 50 parece implicar que la única forma de privar al marido de la administración de los bienes de su mujer es la señalada en el mismo, o sea a través de un procedimiento sumario, y previa demostración de culpa grave o negligencia habitual en el marido. Me consta que la duda se ha planteado en la práctica profesional (28).

La contradicción consiste en que el artículo 50 establece un procedimiento judicial sumario —no interesa ahora su naturaleza y trámites— para privar al cónyuge administrador —en nuestro supuesto el marido— de las facultades que le conceden los artículos anteriores; procedimiento en el que ha de probarse que en el ejercicio de dichas facultades ha incurrido en culpa grave o negligencia habitual, con notorio perjuicio de los intereses familiares. En los *artículos anteriores* a que se refiere el 50 está incluido necesariamente el 49, que es precisamente el inmediatamente anterior, y no hay siquiera otro artículo a que, junto con el 48, y excluido el 49, pudiera referirse la expresión plural —los artículos anteriores— que emplea el 50. Entonces, si a la privación, a instancia de la mujer, de las facultades de administración que sobre los bienes de ésta tiene el marido, se ha de aplicar el procedimiento del artículo 50, es que la mujer no puede producir esta privación recabando simplemente la administración de los bienes.

Para resolver esta contradicción —si lo es realmente— hay que seguir un camino que salve, en la medida de lo posible, la mayor eficacia de la voluntad de la mujer en la gestión de sus propios bienes, según la intención claramente manifestada en la Exposición de Motivos.

Podría pensarse, y es lo primero que a mi se me ocurrió, en una explicación de la contradicción por los materiales legislativos, a través de un cambio de colocación de los artículos, ocurrido hipotéticamente en algún momento del *iter* legislativo, de modo que originariamente el precepto del hoy artículo 50 no tuviera nada que ver con el hoy contenido en el 49. Si la hipótesis se comprobara, sería correcto entender que el artículo 50 sufre un error material al establecer la remisión, y salvarlo. Pero desdichadamente no es así: desde el Anteproyecto del Seminario los artículos que hoy son 48, 49 y 50 se encuentran en este orden, no hay ningún otro artículo anterior en la misma Sección (y los de Secciones anteriores, por su contenido, están claramente fuera de juego), y el dedicado a la privación de la administración se refiere siempre expresamente a los artículos anteriores. Si de error del legislador puede hablarse, éste se ha mantenido a

(28) Es también de interés constatar que PALÁ, en su artículo en la RCDI, 1968, tantas veces citado, en el que habla tanto del artículo 49 como del 50, no advierta contradicción alguna entre ellos; ello parece indicar que en la mente de los redactores de la Compilación las cosas suceden poco más o menos como explico más abajo. Pero no por ello podemos prescindir del análisis de la contradicción que, si bien salvable, me parece claramente existente y necesitada de aclaración.

través de todos los textos legislativos, sin que parezca advertido en fase alguna ni aludido en ninguna enmienda. Únicamente como indicio de que quizá hubo en principio un error o falta de atención en la colocación de los textos (pero que inclina a pensar más bien en un cambio de criterio en el seno del mismo Seminario), puede observarse que en el informe sobre «Regímenes matrimoniales: la gestión de la comunidad legal», VI, 4, 3.º, presentado por el Seminario a la Comisión de juriconsultos aragoneses, de fecha Zaragoza 1957, en el articulado propuesto en una de sus últimas páginas, el párrafo equivalente al hoy artículo 50 está incluido en el hoy artículo 48, como inciso final del mismo, antes por tanto del artículo dedicado a la administración de los bienes privativos, de modo que sólo se refiere a la privación de la administración de la comunidad en sentido estricto; pero en el mismo informe, en la propuesta de articulado contenido en su primera página, la colocación de los artículos es la misma que en la *Compilación*. Esta propuesta de articulado parece ser posterior a las deliberaciones del Seminario, tanto por su colocación, según el método de trabajo del mismo, como por ser su texto más cercano al del Anteproyecto publicado del Seminario; de modo que el otro articulado, el diferente, debe ser el propuesto con anterioridad por el Ponente de esta parte, luego discutido y ligeramente alterado en el Seminario. (Quizá la mayor alteración introducida entonces resida precisamente en este punto.)

Como conclusión de este intento de explicar la contradicción por sus antecedentes, a pesar de la perplejidad que puedan producir los datos últimamente mostrados, creo que, ante la perpetuación de un hipotético descuido —que más parece premeditación— a lo largo de tantas instancias y textos, el intérprete no puede proceder simplemente como si de la subsanación de un error se tratara.

Ya que hasta el momento no se han producido decisiones judiciales ni publicado comentarios sobre este punto, puede ser conveniente hipotizar todas las opiniones imaginables —o que yo soy capaz de imaginar— excluyendo únicamente desde el principio la que no vea otra posibilidad de que la mujer recabe para sí la administración de sus bienes que a través del procedimiento del artículo 50 de la *Compilación*, ya que esto sería claramente contrario al espíritu que transpara la *Exposición de Motivos*.

a) Una posible opinión referiría el procedimiento del artículo 50 a otros aspectos del artículo 49, distintos de la privación instada por la mujer de la administración que el marido tiene por ley sobre los bienes de ella. Estos otros aspectos no pueden ser sino: a') administración de los bienes de la mujer por el marido, cuando tal administración se le hubiera concedido expresamente por estipulación capitular; b') administración por la mujer de sus propios bienes, cuando en ella perjudica notablemente los intereses familiares. En cuanto a a') —siendo posible por lo demás tal utilización del procedimiento—

resulta que el supuesto escapa del artículo 49, el cual al hablar de estipulación en contrario se refiere a aquella en que se concede la administración a la mujer, no a la que la atribuya al marido; y en cuanto a b'), parece excesivamente forzado entender que la referencia del artículo 50 al 49 se reduce a un supuesto en que la administración corresponde al titular de los bienes, como tal titular, y no como «cónyuge administrador».

b) Otra posible explicación partiría de observar que la privación de poderes de administración, en caso de que el marido se resista, para que tenga efecto frente a terceros y deje por tanto plenamente protegidos los intereses de la mujer, necesita de alguna forma de publicidad: y que la resolución judicial proveería a ello, siendo posible su constatación en los Registros civil, de la propiedad y mercantil, en la misma medida en que lo son las capitulaciones. Ahora bien —continuaría esta argumentación—, tratándose de la administración de los bienes privativos de la mujer, no necesitaría ésta probar en concreto la culpa o negligencia, ni el perjuicio de los intereses familiares, ya que la simple actitud del marido que no abandona la administración de los bienes de su mujer a pesar del requerimiento de ésta implica necesariamente una conducta culposa y un perjuicio. Resolución judicial pues necesaria, pero como mera actividad de constatación y homologación de la voluntad de la mujer.

c) Una tercera interpretación, quizá menos apegada a los textos, pero que me parece más satisfactoria y menos rebuscada sería la siguiente: el legislador, pensando siempre en la situación normal en que el marido administra todos los bienes, los comunes y los de su mujer, ha previsto un procedimiento pensando principalmente como protección a ésta, en la que la misma pueda lograr la privación en globo de tal administración, con la consecuencia de que pasen a ella íntegramente los poderes que hasta entonces detentaba su marido, ejercitándolos en adelante sin necesidad de licencia marital ni autorización judicial (29). Estos efectos tan importantes necesitarán causas igualmente importantes, que son precisamente las que establece el artículo 50, el cual se refiere a la entera posición de administrador que ostenta el marido —un aspecto de la cual es la administración de los bienes de su mujer— de una manera total y unitaria (30).

No sería aplicable por el contrario a la mera privación de la administración que de los parafernales tenga el marido, materia a la que ya provee el artículo 49; salvo para lograr, no la mera administración,

(29) Cfr. PALÁ, RCDI, 1968, pág. 376.

(30) Además, el artículo 50 se aplica también a la privación de las facultades que a la mujer concede el párrafo 2.º del artículo 48 (potestad doméstica), y de las que eventualmente hayan pasado a ella en virtud del párrafo 3.º del mismo artículo (cfr. PALÁ, RCDI, 1968, pág. 383), pero estos aspectos ya no tienen que ver con nuestro tema ni con nuestra argumentación.

sino la exención de licencia marital para todos los actos de la mujer en el futuro, incluido los de disposición.

Las consecuencias de esta opinión, que me parece la más defendible, aun consciente de lo aventurado que resulta tomar una posición sobre materia en que, por su novedad, apenas hay puntos de referencia seguros, serán en resumen las siguientes: *a)* la mujer está siempre facultada para administrar sus bienes, sin necesidad, en el ámbito de la administración, de licencia marital; *b)* el marido está igualmente facultado para administrar, de modo que los terceros podrán y deberán considerarlo como representante de su mujer a estos efectos, y frente a terceros su actuación será eficaz mientras éstos no conozcan o debieran conocer que la mujer había recabado para sí la administración; *c)* el procedimiento del artículo 50 se refiere a la privación del cargo o función de administrador que ostenta un cónyuge sobre todos los bienes del matrimonio, o sobre todos los que esté administrando como cónyuge y, tratándose de la administración por el marido, produce efectos mucho más amplios que la simple privación de la administración de los bienes de su mujer, ya que coloca a ésta en la posición que antes tenía el marido; por el contrario, para la simple privación de la administración de los parafernales por el marido basta cualquier actuación de la mujer que exprese esta voluntad.

VIII. ADMINISTRACION POR EL MARIDO

Dejando ahora la problemática anteriormente discutida consideremos la administración por el marido en su alcance y sus efectos.

En cuanto a las facultades del marido, el párrafo 2.º del artículo 49 estatuye expresamente que el marido puede realizar cuantas actuaciones judiciales y extrajudiciales exige el normal ejercicio de la administración. Esta precisión por parte del legislador no era imprescindible, pero sí conveniente, dado que con base en uno de los párrafos del larguísimo artículo 49 del Apéndice, según el cual «tampoco puede el marido por sí solo representar en juicio estos derechos dominicales retenidos por la mujer», se había objetado en varios pleitos falta de legitimación en el marido que ejercitaba acciones de su mujer. Los Tribunales habían rechazado siempre la excepción, apoyándose en el artículo 60 del Código civil, y esta doctrina es la que mantiene ahora la Compilación (31).

Que se entienda por normal ejercicio del poder de administrar, y qué facultades incluya concretamente, no es éste el lugar de precisarlo: se trata de la cuestión general de la distinción entre actos de administración y actos de disposición. Conviene señalar la diferencia entre las relaciones internas entre los cónyuges y las relaciones externas frente a terceros —los aspectos de «gestión» y «representación», o «manda-

(31) Vid. § XIII.

to» y «poder» si se prefiere—; la alusión a la «normalidad» puede referirse especialmente a su aspecto frente a terceros.

Por supuesto el marido, administrador de bienes ajenos, debe proceder con una cierta diligencia, y rendir cuentas de su gestión. No es fácil precisar la medida de esta diligencia, que el legislador parece equiparar (a través del art. 50, y en general de la *sedes materiae*) a la exigida en la administración de los bienes comunes. Según esto, los criterios de medida de esta diligencia serían los correspondientes al ejercicio de una función familiar, que concede al titular potestades vinculadas al fin de promover los intereses familiares (32).

Ha desaparecido de la Compilación la regla que obligaba al marido a garantizar la integridad de los bienes o cantidades propias de la mujer que administra en la forma dispuesta por los artículos 1.349 y siguientes del Código civil para los bienes dotales, procedente sustancialmente del Apéndice derogado (art. 61, 3), que recogió el ASCJA y que suprimió la CGL en el texto de 1965. LACRUZ opina que, a pesar de ello, la regulación no puede ser otra (33). Sin embargo no encuentro en la Compilación ningún indicio que permita equiparar la situación de los bienes privativos de la mujer a los dotales (excepto la administración, en principio, por el marido), ni parece que pueda considerarse subsistente esta obligación legal de garantía (que, como legal, no se presume; art. 1.080 C. c.), dado el silencio de la Compilación. Más bien parece que el legislador ha querido dictar una regulación nueva para los bienes privativos de la mujer, prescindiendo de sus garantías tradicionales probablemente en atención a que en cualquier momento la mujer puede recabar la administración.

Tampoco se encuentra en la ley vigente una regla como la que el Apéndice (art. 49, párr. últ.) dictaba para los arrendamientos que el marido podía concertar sobre fincas de su mujer. La cuestión relativa a los mismos se desplaza ahora a saber si, y dentro de qué límites, los contratos de arrendamiento rústico y urbano vienen exigidos por el normal ejercicio de la administración por el marido de los bienes de la mujer, aplicándose en consecuencia el párrafo 2.º del artículo 49.

IX ADMINISTRACION POR LA MUJER. LOS FRUTOS O GANANCIAS

Por las razones expuestas, la mujer, en el ámbito de la administración de sus bienes, no necesita licencia marital. Ni siquiera, dentro de estos límites, para comparecer en juicio (34). De modo que la mujer, en la administración de sus bienes, puede hacer sin licencia cuando el ma-

(32) Cfr. PALÁ, RCDI, 1968, pág. 375 y 396.

(33) LACRUZ, *El Derecho de familia en la nueva Compilación aragonesa*, ADC., 1967, pág. 745.

(34) Vid. § XIII.

rido puede por sí en la administración de los bienes de ella, puesto que a marido y mujer, a cada uno de ellos en su caso, se aplica el mismo párrafo 2.º del artículo 49 Comp.

Un aspecto muy interesante de la administración por la mujer de sus bienes propios es el del destino, administración y regulación jurídica en general de los frutos de los mismos (35). Por una parte, es indudable que los frutos forman parte del patrimonio común (art. 37 Compilación). Por otra, teniendo en cuenta que los frutos se hacen comunes, según regla tradicional en Aragón recogida en el número 3.º del artículo 37 Comp., «desde que aparecen o se devengan», y que desde ese momento pasarán a ser administrados por el marido (art. 48, 1), podemos preguntarnos qué queda de una pretendida administración independiente de la mujer si ha de entenderse que carece absolutamente de la posibilidad de retener lo suficiente para cubrir los gastos de producción. Económicamente, ello supondría el disparate de gestionar un capital que decrece cada ejercicio económico, al pasar a otro los productos brutos y consumirse a sí mismo para pagar los gastos. Si eso fuera así, la situación de la mujer aragonesa administradora de sus bienes sería notablemente inferior a la de la mujer castellana, ya que ésta, según la interpretación más autorizada (36), entrega a su marido los frutos líquidos o ganancias efectivas de los parafnales, conservando por tanto un capital de movimiento.

Ahora bien, puesto que una interpretación rígida como la apuntada nos lleva al dislate económico, habremos de buscar otra que nos lleve a resultados de mayor sensatez. Cuando la ley dice que la mujer administrará sus bienes siempre que así lo recabe, pretende decir algo con sentido, y no gastar una broma quitando con una mano lo que da con la otra. Creo que en el propio sistema de la Compilación hay elementos suficientes para llegar a una interpretación que haga posible una verdadera administración relativamente independiente por parte de la mujer. Es verdad que todos los frutos de los bienes propios de la mujer por ella administrados serán comunes desde que aparecen o se devengan, pues así lo preceptúa tajantemente el texto legal: pero igualmente serán comunes todos los gastos de producción de los mismos, que en algún momento han sido deudas de la mujer contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad (art. 41, 5.º, Compilación); de manera que, pagados estos gastos que deben pesar sobre la comunidad con cargo a los propios bienes, nace a favor de la mujer el oportuno derecho de reintegro. La naturaleza de las cosas hará que la mujer se reintegre de estos gastos entregando al patrimonio

(35) En el Derecho anterior, y en el vigente con la salvedad que se dice en el texto, la norma fundamental es la recogida en S. A. Z. 1 febrero 1881.—Los frutos de las fincas propias de la mujer pertenecen al marido, como administrador legal de la sociedad conyugal, y, por tanto, no tiene aquélla derecho alguno en ellos. Ripollés, III, n. 822, pág. 132.

(36) Vid. LACRUZ (-ALBADALEJO), *Derecho de familia*.—*El matrimonio y su economía*, Barcelona 1963, págs. 430-431.

común tan sólo las ganancias líquidas, y parece que podrá hacerlo así, aún en caso de oposición del marido, por mediar una justa causa en el sentido del artículo 47, 2.º, Comp. Con esto llegamos a un sistema sensiblemente igual al del Código civil (37).

Podemos todavía seguir pensando sobre el régimen de los frutos líquidos de los bienes propios de la mujer administrados por ella. Dice PALÁ que «si la nueva norma ha sido introducida para restablecer la paridad entre los cónyuges, ésta quedaría rota inmediatamente si la mujer hubiera de entregar a su marido los frutos percibidos por ella (38). La consecuencia, si tomamos en serio la equiparación entre los cónyuges, la indica el mismo PALÁ: «La mujer (aragonesa) que legalmente administra debe percibir los frutos y puede disponer de ellos con el mismo cuidado y diligencia a que está obligado el marido administrador» (39). Los frutos, y los bienes que con ellos adquiera la mujer, serían comunes, pero la mujer conservaría la administración de los mismos. No sólo en los casos de explotación personal de la propia empresa, sino en los de ejercitar cualquier actividad profesional o laboral (con la venia marital necesaria en estos casos), «se da lugar a la constitución de bienes reservados con los productos, ganancias o salarios percibidos por la mujer, que ésta administrará y de los que dispondrá libremente, cumplida su obligación de contribuir a los gastos familiares, aunque tales bienes pertenezcan al patrimonio común» (40).

No cabe duda que esta autorizada opinión es sugestiva, y la aplaudiría sin reservas *lege ferenda*. Pero me temo que carece de base positiva, al menos enunciada con esta generalidad, ya que implica admitir unos poderes de la mujer sobre los bienes comunes (aunque procedan de los propios o del trabajo personal) que contradicen el precepto fundamental del artículo 48 Comp.: «El marido es el administrador de la comunidad». Sólo me parece admisible esta especie de

(37) Incluso más favorable a la mujer en el caso de gestión con pérdidas. En el Código civil, si la mujer cierra el ejercicio con pérdidas, no tendrá que contribuir con bienes algunos al patrimonio común, pero tampoco podrá traspasar las pérdidas a la comunidad, porque ninguna regla le autoriza a cargar los gastos producidos en el ejercicio de su actividad económica al patrimonio ganancial (salvo, muy curiosamente, cuando se trata de lo perdido en juego, aunque sea ilícito). El patrimonio ganancial, por tanto, podrá ganar más o menos según el éxito en la gestión de los parafernales por la mujer, pero no perder por lo desacertado o desafortunado de su gestión (salvo temporalmente: adquiriendo un crédito correlativo contra la mujer, si los acreedores de ella, ante la insuficiencia de los parafernales, se han cobrado sobre los gananciales, en los límites del artículo 1.410 del Código civil, y admitiendo que el régimen de responsabilidad que éste establece se extienda a toda clase de deudas: sobre el ámbito de aplicación de este artículo 1.410 del Código civil. Vid. LACRUZ (-ALBA-DALEJO), *Derecho de familia*, págs. 521 y ss.). De lo dicho en el texto sobre el número 5.º del artículo 41 de la Compilación se deduce que en Aragón, en caso de que la mujer, en el ejercicio de una actividad (tendencialmente, objetivamente) útil a la comunidad, tenga pérdidas, éstas pasan a ser carga común.

(38) PALÁ MEDIANO, RCDI, 1968, pág. 399.

(39) PALÁ MEDIANO, RCDI, 1968, pág. 401.

(40) PALÁ MEDIANO, en *Est. Castán*, I, pág. 371.

«bienes reservados», es decir, la disposición por la mujer de los frutos de sus bienes o trabajo, en la medida y en los casos en que puedan encuadrarse dentro de las «facultades necesarias para el buen gobierno del hogar»; las circunstancias del caso, y el progreso de los usos sociales, podrán ampliar el ámbito del gobierno del hogar para conceder a la mujer la disposición de sus ganancias o de su salario en las propias necesidades del hogar, sin necesidad de entregarlos al marido; pero no creo que pueda, al menos hoy, llegarse a una interpretación tan progresiva, y por lo demás tan sensata, como la expuesta por PALÁ.

X. PASIVO DEL PATRIMONIO UXORIO

Expuestas en síntesis, las reglas de responsabilidad, muy cuidadosamente elaboradas en el Seminario, son para el patrimonio de la mujer como sigue:

a) *Mientras haya bienes comunes*, las deudas contraídas en cabeza de la mujer no afectan a su patrimonio privativo, sino al común, como carga definitiva del mismo, siempre que «redundan en beneficio común o hayan sido contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad» (art. 41, 5.º). Cualquier actividad de la mujer objetivamente, tendencialmente, útil al consorcio, producirá en su caso deuda a cargo de la comunidad, y no del patrimonio uxorio (41): efecto especialmente justo si se tiene en cuenta que todos los frutos producidos por el mismo patrimonio uxorio pasan a ser de la comunidad.

Frente a terceros de buena fe, responderán los bienes comunes por todas las deudas contraídas por la mujer aparentemente en el ejercicio de sus facultades de administración. Si la apariencia no corresponde a la realidad, procederá el recobro al caudal común de lo pagado por el mismo.

En consecuencia, mientras haya bienes comunes, sólo pesarán definitivamente como pasivo en el patrimonio de la mujer aquellas deudas contraídas en actividades que en general no puedan ser útiles a la comunidad.

b) *Si no hay bienes comunes*, gravan definitivamente el patrimonio de la mujer:

1) La mitad de los gastos familiares (en el sentido del núm. 1.º del art. 41):

2) La mitad de lo pagado por el marido en los demás casos, cuando el marido demuestre que el gasto redundó efectivamente en utilidad común;

3) La mitad de lo pagado por ella, cuando logre igual demostración frente a su marido, y

4) La totalidad de lo pagado por ella, si no demuestra la utilidad común.

(41) Cfr., LACRUZ, ADC., 1967, pág. 742.

Frente a terceros, es solidariamente responsable con su marido en el caso de los gastos familiares, cualquiera que sea quien los haga, y única responsable de todas las demás deudas por ella contraídas, aunque bajo la demostración antes indicada pueda repetir contra su marido la mitad de lo pagado (42).

XI. DISPOSICION DE LOS BIENES DE LA MUJER

Fuera del ámbito de la administración, la Compilación no dicta normas expresas sobre disposición de los bienes propios de cada cónyuge. En consecuencia, el marido dispondrá libremente de los suyos —a salvo el derecho expectante de viudedad correspondiente a su mujer sobre los inmuebles—, y la mujer dispondrá de los propios, con la misma reserva en cuanto al derecho expectante y, además, con la necesaria licencia de su marido.

No era este el sistema de los Fueros, ni el que se proponía en el ASCJA. En el artículo 115 de éste se exige para la disposición de los bienes propios de cada cónyuge el asentimiento del otro (suplido en su caso por decisión del Consejo de Parientes con aprobación judicial). Tal norma, y con ella toda referencia a la disposición de bienes propios, desaparecieron en el ACJA 1963.

El Apéndice derogado, por su parte, parecía suponer que era el marido administrador de los bienes de su mujer quien dispone de ellos, con asentimiento de la misma, ya que establecía que «sin el expreso consentimiento de la mujer, el marido no puede enajenar ni gravar los inmuebles o sitios que pertenezcan privativamente a aquélla» (artículo 49). La interpretación jurisprudencial, sin embargo, equiparaba el supuesto al equivalente regulado en el Código civil, traduciendo la norma del Apéndice en una disposición por parte de la mujer titular de los bienes, necesitada para su validez plena de la licencia marital.

XII. OBSERVACIONES SOBRE LA LICENCIA MARITAL

Observa PALÁ cómo los redactores de la Compilación, a pesar de los antecedentes históricos favorables (43) y de la generalización del principio de igualdad jurídica entre los cónyuges en todos los países civilizados, «no se atrevieron a desarrollarlo en normas generales que rechazaran la aplicación en Aragón de las establecidas en la sección

(42) Para la cuestión de la responsabilidad de los bienes propios de la mujer por las deudas contraídas en cabeza de su marido, Vid. GERMÁN ALBALADE. *El pasivo de las masas patrimoniales en la comunidad conyugal aragonesa*, ADA, IX, 1957-1958, págs. 89, 98 y 123; para la responsabilidad de las distintas masas patrimoniales por deudas en cabeza de la mujer, Vid. A. y *ob. cit.*, pág. 140 y ss.

(43) Vid. § II.

4.^a del título IV del libro I del Código civil (44). Con ello no hicieron sino dejar prudentemente las cosas como estaban, si bien cuidando tanto de mantener y desarrollar las normas históricas que daban mayor libertad a las relaciones patrimoniales entre cónyuges, cuanto de construir un sistema que pudiera funcionar igual o mejor sin el elemento de la licencia marital, presente hoy en el Derecho aragonés sólo por estarlo en el Código civil general.

Por lo demás, la regla de preceptiva licencia marital para la generalidad de los actos de la mujer casada estaba recibida en Aragón incluso antes de la promulgación del Código civil; por lo que en este caso no valdría siquiera la conocida queja sobre la extralimitación del inciso final de párrafo 1.º del artículo 12 del mismo (que impone a todas las provincias del Reino las disposiciones del tít. IV de su lib. I) con respecto al artículo 5.º de la Ley de Bases.

En cuanto al Derecho anterior, era realmente difícil la interpretación de los Fueros y Observancias en este punto de la licencia marital (como demuestra la disparidad de opiniones entre los foralistas) (45), probablemente porque un planteamiento de la licencia marital al estilo napoleónico era extraño a su sistema, el cual establecía las limitaciones a la actuación de la mujer (y del marido) por mecanismos diferentes. Los datos fundamentales estaban constituidos por los Fueros *Ne vir sine uxore* (45 bis) y la Observancia 39 *De iure dotium*, según la cual «*de consuetudine tamen uxor poterit dotes alienare*» (46).

Puesto que la dote podía considerarse el patrimonio general de la mujer (no hay parafernales), podía deducirse la libertad de ésta para enajenar sus bienes sin licencia (47).

Sin embargo las Observancias 20 y 32 *De iure dotium* le prohibían cobrar sus créditos por sí misma, lo cual es difícilmente compatible con aquella libertad (48).

(44) PALÁ MEDIANO, RCDI, 1968, pág. 354.

(45) Vid SAVALL y PENÉN, *Discurso preliminar*, núm. 209, nota.

(45 bis) Vid. nota 6.

(46) Obs. 39 *De iure Dotium*, libr. 5: *Item filii qui haereditant dotes matris ingenuae, non tenetur ad solvendum debita patris cum illas habeant ex contractu matrimonii inter eos initi, et non ex sucessione patris, et matris, de consuetudine tamen uxor poterit dotes alienare.*

(47) El problema residía en dilucidar a que «dote» se refería precisamente la Obs. transcrita en la anterior nota, comparándola con la Obs. 1.^a del mismo título, cuyo texto es: «*Nota, quod de consuetudine Regni, uxor potest transferre in virum, sicut in extraneum bona sua mobilia, quae non sunt dotes vel axovarium: dotes aut axovarium non potest transferre in virum, nisi iuxta forma, fori De contractibus coniugum: verum tamen mobilia de quibus facta esset talis translatio quae supersunt post mortem alterius coniugum veniunt in divisione*», y poniéndola en relación con el resto del sistema. Vid. ISABAL, págs. 470-475.

(48) Obs. 20 *De iure dotium*, libr. 5: *Item, uxor non potest diffinimentum per se sine marito de iis quae ante matrimonium contractum sibi debebantur.— Diffinimentum, i. e. rationum consolidatio (SAVALL y PENÉN); diffinire, i. e. rationem conjicere, rationes consolidare (Id.); facere diffinimentum, i. e. dar por recibidas (ISABAL, 471).*

La Obs. 32 del mismo título queda transcrita en la nota 8.

El hecho es que los autores aceptaban la necesidad de venia marital como regla general para todos los actos de la mujer casada, lo mismo que en Castilla, y así lo consagraron la Audiencia y el Tribunal Supremo (49). Promulgado el Código civil se fortalece esta opinión, que ya nadie discutirá (50).

(49) S. 20 de mayo 1863 (confirma SAZ, 12 nov. 1861).—La Observancia 39 *De iure dotium*, en la que incidentalmente se consigna la facultad que la mujer tiene para enajenar sus bienes dotales, es correlativa y guarda congruencia con la 1.^a del mismo libro, en la cual se la autoriza para hacerlo en favor del marido, si bien con la concurrencia al acto de los dos parientes más cercanos de la misma.

Sólo de esta manera puede conciliarse la declaración de la Obs. 39 con el principio de que la mujer no puede contratar ni obligarse sin permiso de su marido, con los F. 1.^o y 2.^o *Ner vir sine uxore* que prohíben al marido y a la mujer la enajenación de los bienes inmuebles dotales en perjuicio de los derechos de su consorte y con las Obs. 20 y 32 que vedan a la mujer cobrar y condonar sus créditos sin permiso del marido, por más que procedan de fechas anteriores al matrimonio. Ripollés, III, núm. 703 bis, pág. 61.

S. A. Z. 12 noviembre 1861.—Aunque la Obs. 39 *De iure dotium* dice, entre otras cosas, que la mujer puede enajenar sus dotes, y no se fija expresamente que pueda hacerlo con intervención o consentimiento de su marido, existen disposiciones que contrarían el sentido absoluto de aquella facultad, como son las Obs. 30 [debe decir 20] y 32 del mismo título, además de la terminante prohibición de los Fueros *Ne vir sine uxore*, lo cual hacen observar los autores regnicolas modernos, y, en todo caso, a falta de explícita declaración foral deben aplicarse las del Derecho general de España, como es jurisprudencia constante. [Como consecuencia de la doctrina anterior se declara que la venta de determinados bienes sitios, hecha por la mujer, aunque mediante mandato judicial, sin intervención ni consentimiento de su marido, de quien no se hallaba separada legalmente (si bien lo estaba amistosamente y por convenio escrito) es contraria a lo dispuesto en la ley 11, tít. I. libro 10 de la Novísima Recopilación]. Ripollés, III, número 703, pág. 60.

S. A. Z. 1 diciembre 1864.—Con arreglo a las leyes y Fueros del país, es un principio de Derecho incuestionable que todo contrato u obligación hecho por la mujer sin el previo permiso y consentimiento de su marido es nulo y sin ningún valor. Ripollés, III, n. 817, p. 130.

S. A. Z. 24 enero 1868.—Si bien, conforme a la ley, y a Fuero, no es válida la obligación contraída por la hermana con el hermano sin la anuencia, intervención y consentimiento de su marido, se considera, no obstante, como promesa equitativa y atendible [la que el hermano había hecho de dotarla en una cantidad determinada]. Ripollés, III, n. 714, pág. 69.

(50) R. D. G. 22 agosto 1894.—Según el Código civil vigente en Aragón dado el artículo 12 del mismo cuerpo legal, la autorización que el marido ha de conceder a la mujer para que sean válidos los contratos que ésta otorgue debe revestir forzosamente una de estas dos formas: la de licencia o la de poder. CASALS, pág. 846.

R. D. G., 10 agosto 1902.—Rigiendo en Aragón, en lo relativo a la capacidad de la mujer casada para contratar y obligarse, las disposiciones contenidas en el artículo 61 del Código civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 1.^o del mismo, y estableciéndose en él que la mujer para adquirir por título oneroso necesita la licencia del marido, este precepto presupone necesariamente que sea la misma mujer la que contrate, mediante el permiso o autorización marital. SÁINZ de V., n. 286, pág. 502.

S. A. Z. 24 noviembre 1925.—Probado como se halla en autos que entre el demandado B. C. y M. L. tuvo lugar un contrato de compraventa por el cual ésta vendió a aquél las fincas que se describen en la demanda por el precio

El Apéndice no introduce en tema de licencia marital novedad importante: da por supuesta la aplicación del artículo 61 del Código civil y, en general, de todos los que en el C. c. exigen la licencia marital para algún acto de la mujer, ya que establece algunas excepciones a la regla de incapacidad de ésta: artículo 6.º, y especialmente artículo 44-2.º («La mujer casada no necesita licencia de su marido para aceptar una sucesión, pero sí para repudiarla»). Con todo, recuérdese que para los actos más importantes, como la disposición de sus propios bienes, el Apéndice no habla de licencia, sino de disposición por el marido con consentimiento de la mujer (51).

y condiciones que parece fueron objeto de estipulación, probado como se halla en autos que M. estaba casada con J. S., el cual no sólo no autorizó a su mujer tal venta, sí que en cuanto tuvo noticia de ello requirió al comprador B. C. para la nulidad de tal contrato, así quedó convenido en el acto de conciliación que ambos celebraron, reconociendo B. la falta de capacidad de M. L. para contratar y por tanto para la venta de que se trata, capacidad negada por los artículos 61, 1.264 y concordantes del Código civil, quedando en consecuencia nulo y sin ningún valor ni efecto el contrato que se dice, no tienen eficacia las acciones a que puede dar lugar, no ya con respecto a terceras personas, sino entre las mismas que en él fueron parte. [Con la consecuencia de que se rechaza el retracto gentilicio pretendido por un pariente de la mujer vendedora sobre la base de la venta cuya nulidad pidió el marido y reconoció el comprador.] SÁINZ DE V., núm. 256, pág. 480.

S. A. Z. 28 diciembre 1906. [El supuesto de hecho que llevó al Tribunal a un fallo original era muy interesante: Doña O. B., casada en segundas nupcias, con ocasión de la boda de una de las hijas de su primer matrimonio, le nombra en capítulos a los que concurre sin licencia de su segundo marido heredera—con reserva de señorío mayor, administración y usufructo— de todos los bienes que ella a su vez había adquirido como heredera universal de sus padres—que también se reservaron el señorío mayor— nombrada en capítulos. En estos capítulos primeros en el tiempo se decía que un hijo o hija del primer matrimonio de Doña O. B. debía ser heredero de los bienes de sus padres, debiendo hacerse el nombramiento por los dos cónyuges o por el sobreviviente; a esta cláusula se hizo referencia expresa en las capitulaciones del segundo matrimonio de doña O. B.] Según el Tribunal, al otorgar doña O. B. con sus hijos el citado documento obró en uso de un perfecto derecho según lo estipulado en la escritura de capitulación matrimonial con motivo de su primer enlace y confirmado en la otorgada al contraer el segundo, sin que necesitase para ello la licencia de su marido, según lo preceptuado por el artículo 63 del Código civil, que faculta a la mujer casada para otorgar testamento y ejercer los derechos y cumplir los deberes que le corresponden respecto a los hijos legítimos que hubiera tenido de otro y respecto a los bienes de los mismos, sin que sea precisa la licencia de su marido, no existiendo disposición alguna foral que se oponga a esta doctrina. SAINZ DE VARANDA, núm. 89, pág. 297.

(51) S. A. Z. 27 mayo 1940.—Si el acto que se impugna en la demanda inicial de ese pleito quisiera regularse por el Derecho aragonés, nos encontraríamos con la falta de precepto alguno en el Apéndice foral que de una manera expresa haga relación al mismo, en cuanto a que sea necesaria o no la licencia marital para su realización, y ante ese silencio habría que aplicar el Código civil, que, como ya ha quedado sentado, exige la autorización marital, o estudiar los Fueros y Observancias que constituían el cuerpo legal del Derecho aragonés, para deducir cuál fue la intención del legislador al publicar el Apéndice, y de este estudio nos encontramos que en los bienes dotales, pues en Aragón no existen parafernales, correspondía al marido la administración de los bienes sitios, por disposición de la Obs. 1.ª *De rerum amotarum*, y que para la enaje-

En el momento de dictarse la Compilación, la necesidad de licencia para la validez de los actos de la mujer casada aragonesa, por la aplicación de los artículos 61 y concordantes del Código civil, se consideraba como doctrina tan firme que no parece haberse siquiera planteado la duda. En todo caso se trataba de una materia que, por una parte, estando contenida en el título IV del libro I, se consideraba ajena a la competencia del legislador aragonés (52); y por otra, la tradición jurídica del país, al menos desde el siglo pasado, era tan firme en este punto, que no era prudente llevarle la contraria.

Lo que sí ha hecho la Compilación, siguiendo el camino del Apéndice, es señalar casos en que la mujer no necesita licencia (vg., artículo 137, aceptación de herencia), con lo que, faltando normas en la Compilación para todos los demás, sin que tal falta parezca colmable por la costumbre y los principios generales en que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico, habrá de aplicarse el Código civil, con su regla de necesaria licencia.

Supuesta así la aplicación en Aragón del artículo 61 y concordantes del Código civil, deben sin embargo interpretarse y completarse éstos con los preceptos aragoneses, adquiriendo de este modo un sentido específico, eventualmente diferente del que tengan en Castilla, al incorporarse al Ordenamiento aragonés. En especial hay que rechazar toda argumentación que pretenda la aplicación en Aragón de deter-

nación de los bienes dotales a favor de un extraño, necesitaba la mujer el consentimiento del marido; fueros 1.º y 2.º *Ne vir sine uxore*, Obs. 20 y 32 *De iure dotium*, y sentencia de 20 de mayo de 1863, antecedente éstos que necesariamente llevan a la conclusión de que después de publicarse el Apéndice es necesaria aquella autorización, máxime teniendo en cuenta que el artículo 49 del Apéndice dispone que el marido sea el administrador y el representante, así en juicio como fuera de él, de la sociedad conyugal, sin que a la mujer le quede atribuido, salvo pacto en contrario, el manejo de bienes algunos en concepto de parafernales y siendo esto así quien tiene la administración es lógico tenga necesariamente que intervenir en los actos de disposición de los bienes cuya administración le está encomendada y sin que la renuncia a la administración hecha de una manera tácita por el marido, pueda comprenderse y afirmarse es uno de los casos que exceptúa de la licencia la última parte del artículo 61 del Código civil.

El artículo 51 del Apéndice, lejos de contradecir la doctrina que se viene sosteniendo, la confirma plenamente, pues aparte de que fija normas referentes a determinar con qué clase de bienes deben satisfacerse las deudas contraídas por marido y mujer antes del matrimonio, determina que incumbe al marido satisfacer las deudas anteriores al matrimonio suyas o de su mujer, deduciéndose de todo ello que es el marido quien tiene que proceder a la enajenación para pago de aquellas deudas, aun cuando tenga que seguir en la enajenación de dichos bienes el orden establecido en dicho artículo, por lo que no justificara el acto realizado por la esposa del demandante, el hecho de que la enajenación de sus bienes inmuebles fuese para satisfacer deudas suyas anteriores al matrimonio y por no existir bienes de naturaleza común. VALENZUELA, pág. 421.

(52) Pero téngase en cuenta que si a pesar de ello se hubiese legislado sobre la materia, suprimiendo la licencia, la ley foral que así lo estableciera, como igual en rango al Código civil y posterior en el tiempo, prevalecería; además la Compilación aragonesa, a diferencia por ejemplo de la catalana, ni siquiera hace referencia al artículo 12 del Código civil al establecer su régimen de fuentes.

minados artículos del Código civil relativos de una u otra manera a la capacidad de la mujer casada, relaciones entre cónyuges, administración de la comunidad, etc., con la sola base de constituir un desarrollo del artículo 61. Antes al contrario, el desarrollo del artículo 61 del Código civil, en Aragón, es precisamente el que se deriva de los preceptos específicos de la Compilación aragonesa y su tradición jurídica. Un aspecto en que esta interpretación sistemática de algunos artículos del Código civil dentro del ordenamiento aragonés parece tener consecuencias más importantes es en tema de comparecencia en juicio de la mujer casada aragonesa.

XIII. COMPARECENCIA EN JUICIO DE LA MUJER CASADA

Como es sabido, en la normativa del Código civil el problema de la comparecencia en juicio de la mujer casada se centra en la adecuada interpretación del artículo 60 del Código civil y su armonización con el artículo 1.383 del mismo, poniendo ambos en relación con el precepto muy general del artículo 2.º LEC. La doctrina está hoy sustancialmente de acuerdo en interpretar la «representación» de la mujer por el marido en juicio cuyo objeto sea un derecho de carácter parafernial como una presunción de otorgamiento de poder al marido, de manera que la mujer podría hacer cesar en cualquier momento tal representación, pero sin que la otra parte pueda excepcionar falta de personalidad ni de acción en el marido (53).

La jurisprudencia se produce en el mismo sentido, negando consistentemente que el marido pueda actuar procesalmente en nombre de su mujer contra la voluntad de ésta. Las sentencias que seguían el criterio contrario son ya muy antiguas y deben considerarse superadas.

Por otra parte, nunca se ha negado a la mujer casada que pueda actuar por sí misma con licencia de su marido, y es ésta la forma más normal en que comparece ante Juzgados y Tribunales. Por último, podría admitirse, en una interpretación del Código civil más progresista que la ordinaria, pero quizá la más acorde con la intención del legislador de 1889 —mostrada por la introducción a última hora de la regulación de los parafernales en el Código civil— que la mujer casada puede actuar procesalmente por sí misma, sin necesidad de licencia de su marido, en todas aquellas actuaciones que por su trascendencia económica deban incluirse en el ámbito de la administración de sus parafernales: tal podría deducirse de los artículos 1.384 y 1.387, como limitadores de la norma más general del artículo 60. Y no se diga que el artículo 1.387 le prohíbe comparecer en juicio sin licencia para

(53) Vid. LACRUZ (-ALBADALEJO), *Derecho de familia*, págs. 190 y ss., con cita abundante de jurisprudencia, anterior y posterior al Código civil. En el mismo sentido, y con cita del anterior, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. I, págs. 208 y ss. y 323 y ss.

litigar sobre los parafernales, sin exceptuar las actuaciones que pertenezcan al ámbito de la administración: también le prohíbe enajenar, y la doctrina está conforme en concederle la enajenación (en sentido jurídico) siempre que se trate de actos de administración (en sentido económico), como la venta de las cosechas (53 bis).

Las demás cuestiones relativas a la comparecencia en juicio de la mujer casada —vg., en pleitos contra su marido, capacidad para confesar judicialmente, *litis expensas*, etc.— no parecen presentar ningún punto de incidencia con las normas propias del Derecho aragonés, por lo que bastará con una remisión general a la doctrina común.

Entrando ahora en el Derecho aragonés, vale la pena el estudio de la jurisprudencia regional publicada sobre el tema de la compare-

(53 bis) El obstáculo más fuerte a cuanto digo en el texto está constituido por la interpretación más común del artículo 2.º Lec. («Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles»), según la cual este artículo excluye la comparecencia en juicio de quien no tenga capacidad de obrar plena (según el Derecho sustantivo), aunque la tenga en el supuesto concreto para la disposición del derecho que se pretende hacer valer en juicio. Sin embargo, no es ésta la única interpretación posible del artículo 2.º de la Lec., y al criterio abstracto puede oponerse un criterio concreto de la capacidad procesal, el criterio de la remisión a la capacidad requerida por la ley material para el ejercicio de los derechos que en el proceso se hagan valer. La doctrina procesalista parece pensar que es éste un criterio admitido sólo excepcionalmente en nuestro Ordenamiento, aun proponiendo *lege ferenda* su adopción general. (Vid. recientemente GUARDIA CANELA, *Capacidad procesal de la mujer casada catalana*, RJC, 1969, 4, págs. 849 y ss.). En mi opinión, las importantísimas excepciones a la supuesta regla general introducidas inequívocamente por leyes recientes, en especial, por lo que se refiere a la mujer casada, por el artículo 49 de la Compilación catalana para las de aquella regionalidad, y por el artículo 49 de la Compilación aragonesa para las aragonesas, son de tal importancia que quizá obliguen a interpretar en general el artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido que indican las nuevas leyes que acogen el criterio que hemos llamado concreto. No parece correcto desvirtuar el sentido de la ley nueva para acomodarla a la discutible interpretación de la antigua, sino que por el contrario ésta debe interpretarse según lo que resulta de las posteriores.

Aunque no se acepte de modo general la interpretación del artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil según el criterio concreto de la capacidad para disponer de la relación jurídica de que se trate, por lo que se refiere a la mujer casada sometida al Código civil este criterio me sigue pareciendo el mejor, ya que el Código civil, posterior a la LEC. y mostrando un cambio de criterio con respecto al Proyecto de 1851 —que era el que tenían a la vista los redactores de la LEC— ha pretendido en la regulación de los parafernales ampliar la capacidad de la mujer casada en todos los actos de administración sobre sus bienes, entre los que al menos no es seguro que no entren los de actuación jurisdiccional de los derechos de que puede disponer en el ámbito de la administración. Las *Compilaciones catalana y aragonesa*, al decidirse por el criterio más favorable a la mujer, nos invitan a interpretar en el mismo sentido lo que en el Código civil no estaba absolutamente claro —y sobre todo echan abajo todas las objeciones de principio contra la comparecencia en juicio de la mujer casada—, y a admitir en consecuencia la capacidad procesal de la mujer casada sometida al Código civil en todos los casos en que la relación que hace valer en juicio sea de aquellas para cuya disposición sustantiva el Código civil le concede plena capacidad, por pertenecer al ámbito de la administración de sus bienes.

cencia en juicio de la mujer casada, bastante numerosa debido a la naturaleza procesal del mismo.

a) *Hasta 1925.*—Se admite sin mayor dificultad la representación por el marido, bien con base en la normativa específica aragonesa.—el marido es el administrador de todos los bienes del matrimonio— (54), bien, publicado el Código civil, con base en el artículo 60 del mismo, aplicable en Aragón, sin que pueda oponerse a este artículo uno semejante al artículo 1.383 del Código civil ya que en Aragón no hay bienes parafernales (55).

En una interesante sentencia de 1908 se rechaza, con abundantes aunque no convincentes argumentos, que la mujer pueda oponerse a la actuación que en juicio realiza el marido sobre bienes de ella, en un pleito en que la parte demandada había presentado acta notarial en que la mujer hacía constar su oposición a ser representada en ese juicio por su marido demandante (56).

(54) S. A. Z. 3 julio 1875.—Desde que se contrae el matrimonio el marido se constituye en único y legal administrador de los bienes de su mujer, según la disposición de las Observancias de este Reino de Aragón, 1.^a *Ne vir sine uxore*, 1.^a *De rerum amotarum*, y 25 y 33 *De iure dotium*, y, por consiguiente, el marido tiene derecho a reclamar el importe de las cuentas de la curaduría de su mujer y la cantidad que por alimentos y manejo del capital de su mujer tenía ofrecido al curador, como consecuencia de su cargo y del capital de que se in-

(55) S. A. Z. 23 marzo 1906.—La doctrina sustentada por la parte apelante, opuesta a que la demanda prospere por no haber sido formulada por la mujer contra los otorgantes del citado documento ni autorizado expresamente a su marido para interponerla, hechos revelados por el poder otorgado por aquél y la forma y términos en que la demanda se redactó, doctrina que en Castilla sería motivo suficiente para acceder a la pretensión y propósitos del apelante, tratándose como se trata del ejercicio de una acción dimanada de derechos sobre bienes al parecer parafernales, no lo es en Aragón, porque no reconociéndose en este territorio, sujeto al Derecho foral, bienes parafernales, según expresamente establece la Observancia 7.^a del epígrafe *Declarationes monetatici*, no hay términos hábiles para hacer aplicación del precepto claro y terminante contenido en el art. 1.383 del Código civil, que prohíbe al marido ejercitar acciones de ninguna clase respecto a tales bienes sin inversión ni consentimiento de la mujer, y en consecuencia, teniendo aquél la representación legal de ésta sin otras limitaciones que la expresada, aunque la misma no necesite licencia para demandar o defenderse en los pleitos con su marido, como no existe precepto alguno legal que impida litigar unidos a los cónyuges cuando la acción que ejercitan o las excepciones de que hagan uso sean las mismas, puede el marido llevar a la vez que la suya propia la representación de su mujer, como en este pleito sucede, por cuya razón y por no haberse opuesto en tiempo la excepción de falta de personalidad en el demandante, que por otra parte no concurre tampoco, es inadmisibles la doctrina por el apelante sostenida en el acto de la vista, siquiera no exista en dicho demandante la debida lógica y se falte, en lo que a su propia representación atañe, al principio de que nadie puede ir en contra de sus propios actos.—Sáinz de V., n. 84, pág. 293.

(56) S. A. Z. 24 septiembre 1908.—Conforme a lo dispuesto en el art. 2.^o de la Lec., sólo podrán comparecer en juicio los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y por los que no se hallen en tal caso comparecerán sus representantes legítimos, y teniendo este carácter el marido respecto a su mujer según el art. 60 del C. c., es evidente su derecho a representarla promoviendo a

La misma doctrina se mantiene en otra sentencia de 1911 (57), confirmada por el Tribunal Supremo (58), aunque quizá en este caso la índole de los derechos reclamados —a lo que parece aportaciones pro-

su nombre los juicios que afecten o hagan relación a los derechos de aquélla, sin que necesite para ello obtener su licencia, ni puede la mujer oponerse a la legítima personalidad de aquél, porque los indicados preceptos, al investirse de tal representación, no pueden en modo alguno quedar subordinados a la voluntad de la mujer como si se tratara de un mandato otorgado por ella y no por ministerio de la ley, cuya observancia es obligatoria sin que dependa su eficacia de la voluntad individual, que en tal caso dejaría de ser Ley, quedando contravenidos sus fines y al arbitrio de la mujer casada el que su marido la representara o no en una función para cuyo ejercicio carece aquella de capacidad, todo lo cual pugna abiertamente con los principios en que descansa la representación que sabía y necesariamente asigna la ley al jefe de la familia, sin cuya licencia no puede la mujer otorgar poder ni comparecer en juicio, salvo en los casos especialmente previstos por la misma ley y que por lo mismo tampoco puede oponerse al ejercicio legítimo de aquella facultad, so pena de incurrir en el absurdo de considerarla capacitada para la revocación de un poder conferido por ministerio de la ley cuando no tiene la capacidad legal necesaria para otorgarlo.

La oposición de la mujer casada a la demanda en juicio de sus derechos entraña una verdadera renuncia de éstos, lo cual no puede válidamente hacer aquella por sí sin la autorización de su marido.

La libérrima facultad del marido para el ejercicio de las acciones correspondientes a su mujer tiene únicamente la excepción a que se contrae el art. 1.383 del C. c., o sea la referente a los bienes parafernales, cuyas acciones no puede ejercitar aquél sin intervención o consentimiento de su mujer y tal precepto no es aplicable al caso originario de este incidente, porque en la legislación foral de Aragón no se reconoce la existencia de los bienes parafernales dentro de la sociedad conyugal (Obs. 7.^a *Declarationes monetatici*), y todos los bienes muebles sea cual sea su origen, caen bajo el dominio y administración del marido durante la subsistencia de dicha sociedad, reputándoseles comunes a su disolución, siendo aquél el administrador de todos ellos, ya sean muebles o inmuebles, y correspondiéndole la mitad de las ganancias en todos los bienes correspondientes a la sociedad conyugal y el usufructo de ellos en caso de viudedad.

Según la Obs. 33 *De iure dotium* el marido puede reivindicar cuantos bienes muebles o sitios, legados y demás derechos pertenezcan a su mujer, aun cuando ésta muera sin haberlos poseído.

Al hacer debida aplicación al caso de autos de la doctrina que se deja sentada es visto que el demandante don J. N. ha podido legítima y válidamente por sí y en representación de su mujer doña F. L., con la personalidad legal necesaria, entablar la demanda originaria de este incidente, sin que obstene a su validez el acta notarial presentada por los demandados haciendo constar la oposición de aquella señora, ya porque la mujer casada no puede legalmente oponerse a la representación en juicio por su marido, ya porque éste persigue en la demanda la efectividad de derechos en los que, de ser declarados tales, tendrían participación, ya porque aquella oposición implica una verdadera renuncia a la efectividad de los mismos, lo cual no es lícito a la mujer casada sin la intervención de su marido, ...—Sáinz de V. n. 106, pág. 320.

(57) S. A. Z. 6 julio 1911.—Con arreglo a lo dispuesto en los arts. 59 y 60 del mismo cuerpo legal [C. c.], el marido es el administrador de los bienes de las sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el citado art. 1.384, y es también a su vez el representante de su mujer, correspondiéndole la facultad de representarla en juicio, sin que para ello tenga necesidad de obtener su consentimiento, ya porque no existe disposición legal alguna que le obligue a obtenerlo, ya porque si la mujer se opusiere al liberalísimo ejercicio

metidas por los padres de la mujer con ocasión del matrimonio— pueden hacer más defendible el fallo (59).

b) *Bajo la vigencia del Apéndice de 1925.*—Un nuevo dato en la discusión supuso el párrafo del artículo 49 del Apéndice que decía: «... y, consiguientemente, tampoco puede el marido por sí sólo representar en juicio estos derechos dominicales retenidos por la mujer». Del resto del artículo, especialmente del párrafo en que se niega al marido la facultad de enajenar y gravar, sin consentimiento de la mujer, los inmuebles o sitios que pertenezcan privativamente a ésta,

de aquella facultad que asiste al marido, no podría ser privado éste por sólo la oposición de aquélla del derecho y hasta la obligación que contraría el ejercicio de dicha facultad, tanto menos en el presente caso, en el que se trata de la efectividad de un derecho, sin cuya realización mal podría el marido efectuarla, devolver en su caso y en su día los bienes aportados por la mujer al matrimonio, ni atender a la necesidad de éste, ni en el caso actual abonar a su mujer los alimentos anejos al depósito en que aquella se encuentra.

Cuando fuera dudoso el carácter de dotaes o parafernales de que los bienes aportados a su matrimonio por G. B., controvertible de que si en Aragón existen o no bienes parafernales; dado lo dispuesto en la Obs. 7.^a *De declarationes monetatici*, es evidente que la legislación foral de esta región, Obs. 1.^a *De rerum amotarum*, y Obs. 33 *De iure dotium*, priva a la mujer casada de la administración de los bienes del matrimonio, cuya facultad, ya con arreglo a la dicha legislación o a la común general supletoria corresponde, como queda dicho y demostrado, a los maridos, que en uso y como consecuencia de ella, pueden ejercitar las acciones correspondientes a los bienes y derechos anejos al matrimonio, con la sola excepción de los bienes parafernales, cuya administración hubiera conservado la mujer.—Sáinz de V., n. 132, pág. 351.

(58) S. T. S. 27 noviembre 1912. [Es el mismo pleito de la S. A. Z. citada en la nota anterior.]—La sentencia no ha infringido las Observancias del Derecho aragonés antes bien ha mantenido la recta interpretación de las mismas al aseverar con independencia si en aquella legislación existen o no parafernales, puesto que en la misma y según los Obs. 1.^a *De rerum amotarum* y sus concordantes, priva a la mujer casada de la administración de los bienes de la sociedad conyugal, salvo pacto en contrario, o que sobreviniera el caso «visoabrente», sin que proceda distinción alguna respecto a si los bienes son privativos de la mujer, toda vez que los reclamados por el marido se prometieron por razón de matrimonio y con éste carácter dotal habían de ingresar en el consorcio.—Sáinz de V., n. 274, pág. 492.

(59) En vísperas de la promulgación del Apéndice, y criticando su Proyecto, proponía Alberto MARTÍN Y COSTEA (*Observaciones al Proyecto de Apéndice de 1924*, ADA, VIII, pág. 280), la siguiente regulación:

Art.... La mujer no tiene por derecho en Aragón bienes parafernales.

Art.... Por el hecho del matrimonio, está facultado el marido, sin que aun siendo menor de dieciocho años, necesite consentimiento o asistencia de otras personas:

1.º Para administrar todos los bienes de la sociedad conyugal, sean originariamente suyos, de la mujer o de ambos.

2.º Para llevar en juicio y fuera de él la representación de la sociedad conyugal y la personal de cada cónyuge.

3.º Para promover, en su consecuencia, los asuntos y reclamaciones que correspondan al matrimonio con relación a cualesquiera derechos y sucesiones: entendiéndose que en razón de la administración general, de su participación en el dominio de los muebles y de su viudedad expectante en los raíces o inmuebles, podrá ejecutar las acciones de la mujer aun contra la voluntad de la misma.

parece deducirse como interpretación más defendible que el marido, administrador de los bienes de su mujer, puede ejercitar las acciones judiciales que entran en el círculo de la administración, pero no aquéllas que supongan disposición: así se juzgó en un caso (60). Pero en otros fallos se rechaza la excepción de falta de acción opuesta de contrario al marido que pretende declaración de heredero a favor de su mujer (61), o actúa un retracto gentilicio o de abolorio (62), argumen-

(60) S. Juzgado de la Almunia de doña Godina, 5 agosto 1949, F. A. 1950, 41. [El Considerando que se transcribe se da por reproducido en Apelación, S. A. Z., 4 abril 1950, F. A. 42.] «La excepción de falta de personalidad de los actores se basa en que las fincas sometidas al arrendamiento pertenecen a las esposas de aquéllos, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 49 del Apéndice foral de Aragón, no pueden representarlas en el presente litigio. Pero sólo es cierta esta doctrina en tanto en cuanto el objeto del litigio sean los derechos dominicales retenidos por la mujer aragonesa que haya aportado al matrimonio o adquirido durante él, y tanto si se han estimado como no. Y bien se ve la inaplicación del precepto invocado a la situación presente, ya que ni las fincas pertenecen en propiedad a las esposas de los actores, sino en usufructo, ni el juicio presente se ocupa de cuestiones referentes al dominio sobre los indicados predios; lo que está en tela de juicio es el arrendamiento sobre los mismos concertado, y sabido es que la celebración de arrendamientos y por ende la solicitud de su resolución son actos de administración que competen al marido dentro del matrimonio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 59 del Código civil y en el mismo inciso primero del párrafo primero del artículo 49 del Apéndice foral citado. Siendo el marido el representanté de la sociedad conyugal así en juicio como fuera de él, correspondiendo el disfrute de los bienes a la sociedad conyugal, y siendo un acto de mera administración lo que los actores realizan, para el que se hallan facultados por lo que llevamos dicho y por lo que se desprende del párrafo 2.º del recordado artículo 49 del Apéndice, es visto lo improcedente de la excepción formulada.

(61) S. A. Z. 21 marzo 1952, F. A. 50.—Se rechaza la excepción de falta de legitimación activa del marido que pretendía una declaración de herederos en favor de su mujer, sin intervenir ésta en el pleito. La excepción se fundaba en el artículo 49 del Apéndice. La Sala estima que el citado precepto parte del supuesto de que la mujer en el matrimonio tenga o conserve y retenga el dominio de sus bienes privativos, caso distinto del actual por el que el marido pretende adquirir unos bienes que están en posesión o dominio de otro. ADA, VI, 300.

(62) S. A. Z. 9 junio 1953, F. A. 95.—[El marido actúa un retracto gentilicio perteneciente a su mujer; se excepciona falta de acción, pero el Tribunal rechaza la excepción.] «Si examinamos con todo detenimiento el texto del citado artículo [49 del Apéndice], al momento apreciaremos la improcedencia de la excepción. En él se parte del supuesto de que los bienes privativos de la mujer, pertenecen en pleno dominio a ésta y el marido no puede enajenarlos o gravarlos sin el consentimiento de la misma, ni representar en juicio, por sí sólo los derechos invocados mientras tales bienes sean retenidos por la mujer. Pero éste no es el caso que nos ocupa. Aquí la mujer no tiene ningún derecho dominical sobre los bienes que pretende retraer, es preciso una resolución judicial firme en que se declare su preferente derecho a adquirirlos y un título de compraventa a su favor en que así se declare; mientras esto no ocurra esa mujer no adquiere ningún derecho dominical y por tanto mal puede comparecer por sí sola en juicio a defender unos derechos que todavía no tiene. Pero es que además, aunque así no fuera, tal artículo parte del supuesto de que comparezca el marido sin el consentimiento de la mujer, y en el caso que nos ocupa, lo hace en nombre y representación de ésta y pretendiendo un derecho que puede serle beneficioso, pero no perjudicial, y hasta si cabe, reconociendo la parte demandada que el matrimonio tenía conocimiento de estos actos, cual se deduce de la contestación

tando que no debe aplicarse el inciso transcrito del artículo 49 Ap. por no tratarse de derechos dominicales retenidos por la mujer, sino de bienes que se pretende hacer entrar en su patrimonio. A ello naturalmente podría objetarse que el derecho que se hace valer en juicio sí que pertenecía privativamente a la mujer, y que en este concepto no podía representarlo el marido por sí solo. Obsérvese con todo que en estos casos es la parte contraria la que excepciona falta de acción, y que el Tribunal parece valorar (63) que no media oposición ni posible perjuicio por parte de la mujer, aplicando la misma doctrina que el Tribunal Supremo respecto al problema análogo del contraste entre los artículos 60 y 1.383 del Código civil. En otra ocasión, y aplicando el artículo 1.383 del Código civil, que, se dice, coincide con el artículo 49 del Apéndice, se acoge la excepción de falta de acción por haber actuado el marido en demanda de declaración de derechos de servidumbre a favor de una finca propiedad de la mujer, absolviendo a los demandados (64).

a la demanda. Por tanto, al comparecer el marido en nombre y representación de su mujer no hacía sino dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 60 del Código civil.

S. A. Z. 31 octubre 1953, F. A. 155. [En juicio de retracto de abolorio, el demandado niega que el acto de conciliación tuviera eficacia para interrumpir el plazo de caducidad, fundándose, entre otros motivos, en que el acto de conciliación fue instado por el marido de la retrayente, sin hacer constar que comparecía en nombre y con autorización de su mujer.] «Dados los términos del artículo 60 del Código civil y del 49 del Apéndice, y teniendo en cuenta que el marido de la contrayente no trataba de enajenar ni gravar bienes de ésta, sino de ejercitar un derecho que a su juicio le correspondía, en el caso presente, el consentimiento expreso de la mujer no es de obligatoria observancia y si a esto se añade que el señor G. M. compareció en aquel acto con autorización y consentimiento de su mujer (siquiera no se expresara) según confesó ésta absolviendo la posición 9.^a y que al demandado constaba que señor G. M. obraba como marido y legal representante de su mujer, pues así lo confesó absolviendo la posición 8.^a, hay que rechazar el primero de los motivos alegados».

(63) A veces lo hace expresamente, como en S. A. Z. 31 octubre 1953, transcrita en nota anterior, y en S. A. Z. 6 febrero 1959, F. A. 22. En ésta el marido actuaba como representante de su mujer pretendiendo la resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio propiedad de ésta. El contrato de arrendamiento había sido suscrito por el marido como propietario arrendador, sin mencionar para nada que obrara como marido y representante legal de su mujer; el mismo concepto de propietario se atribuye en el requerimiento notarial. Se excepciona falta de legitimación activa en la mujer propietaria que actúa representada por su marido. La A. Z., con revocación del fallo del Juzgado y extensa cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio 1950 y 10 abril 1956, rechaza la excepción. No está absolutamente claro que se trate de matrimonio aragonés.

(64) S. A. Z. 5 marzo 1962, F. A. 40.—[El marido demandó por sí sólo sobre declaración de derechos de servidumbre a favor de una finca propiedad de su mujer. La A. Z., con revocación del fallo del Juzgado, acoge la excepción de falta de acción por haber actuado el marido sin consentimiento o intervención de su mujer, absolviendo de la demanda al demandado.] El Código civil, en su artículo 1.383, establece: «El marido no podrá ejercitar acciones de ninguna clase respecto a los bienes parafernales sin intervención o consentimiento de la mujer»; este precepto no puede ser más terminante, y si bien es cierto que

Además, está claro que la mujer casada puede comparecer en juicio con licencia de su marido (65).

No he encontrado ningún caso jurisprudencial en que la mujer haya pretendido actuar sin dicha licencia.

c) *La normativa vigente.*—Tenemos que abandonar aquí el camino, siempre más cómodo, del comentario de la jurisprudencia y enfrentarnos directamente con los textos. Del mismo modo que bajo el Código civil la normativa de la defensa en juicio de los intereses patrimoniales de la mujer casada resulta de armonizar el artículo 60 del Código civil con los relativos a la administración de la sociedad de gananciales y a la de los bienes parafernales, muy en especial con el artículo 1.383 del Código civil, en el Derecho aragonés resultará de armonizar el mismo artículo 60 del Código civil con los que en la Compilación se ocupan de la gestión de la comunidad, especialmente el artículo 49 de la Compilación, dedicado a la «administración de los bienes de la mujer». Ni que decir tiene que con ello el artículo 60 del Código civil, vigente en Aragón, adquirirá aquí sin embargo matices diferentes que los que muestra en Castilla.

El eje del sistema reside en la distinción entre actos de administración (o gestión) y actos de disposición. Esta distinción, muy patente en la Compilación, presenta como es sabido difíciles problemas a la hora de calificar la naturaleza de actos concretos: quizá la dificultad suba de punto tratándose de actuaciones procesales. En una primera aproximación quizá pueda decirse que entrarán en el ámbito de la administración todas aquellas actuaciones judiciales que sean consecuencia de otras sustantivas consideradas materia de administración, como las relativas a cumplimiento o incumplimiento, declaración,

según el artículo 60, el marido es el representante de la mujer, no obsta la representación al consentimiento o intervención por parte de la mujer y por tanto que si es necesario ejercitar en juicio alguna acción con relación a los bienes parafernales, ambos artículos pueden cumplirse con independencia compareciendo el marido en nombre de la mujer, mas no por sí solo sino con la intervención de aquélla o con su consentimiento. Tan claro y expreso como el artículo 1.383 exige, o sea que a la mujer corresponde el ejercicio de todas, absolutamente todas las acciones relativas a sus bienes parafernales, sin que el marido pueda sin su intervención o consentimiento ejercitar ninguna, salvo los frutos de los bienes parafernales, cuando rija el sistema de gananciales, ya que aquéllos son considerados como bienes de esta última naturaleza y también cuando, con arreglo al artículo 1.384, la mujer haya entregado la administración de los bienes parafernales al marido, con los requisitos que en el mismo se exigen, y a igual consecuencia nos lleva el artículo 49 del Apéndice, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero y 1 de junio de 1950 y 20 de febrero de 1951, entre otras.

(65) S. A. Z. 2 julio 1964, F. A. 178. [Una mujer casada ejercitó, con licencia de su marido, la acción de retracto de abolorio. Se exceptionó falta de legitimación activa. Se rechaza la excepción, puesto que] «ejercitando la mujer un derecho privativo, su actuación y forma de comparecer en juicio, con licencia marital, es perfectamente ortodoxa, al coordinar el artículo 49 del Apéndice foral aragonés con los principios contenidos en los artículos 59 y 60 del Código civil. (ADA, XII, pág. 398.)

ejecución, etc., de contratos que no sean de disposición, y, en general, las que formen parte de un pleito al que podría ponerse fin por allanamiento o transacción extrajudiciales que se considerarían materia de administración. Además, probablemente, son también materia de administración las actuaciones judiciales de mera defensa (aunque la disposición del derecho discutido no fuera materia de administración en sentido económico), y aun aquellas otras, como la interposición de acciones reivindicatorias o similares, cuyo ejercicio no admita demora sin daño en el patrimonio —cuya conservación entra claramente en el ámbito de la administración—.

Esto supuesto, resulta que, en Aragón, para las actuaciones judiciales que entran en el normal ejercicio de la administración de los bienes de la mujer, está legitimado, en principio, el marido, por expresa disposición legal (art. 49, 2 Comp.). Está también legitimada la mujer, sin necesidad de licencia, siempre que así lo recabe (art. 49, 2 Comp., aplicable también a la mujer) (66). La contraparte no podrá oponer al marido excepción de falta de acción, ni a la mujer que comparezca sin licencia la de falta de personalidad. La mujer podrá en cualquier momento procesal recabar para sí la administración de aquel asunto, y que por tanto el pleito se siga en adelante reconociéndosele a ella como parte del mismo.

En cuanto a las actuaciones judiciales que deban considerarse de disposición del patrimonio de la mujer, la norma general será la comparecencia de la mujer con licencia o asistencia de su marido. A éste no concede la Compilación para el caso contemplado ningún poder específico, por lo que no podría actuar sin el consentimiento de su mujer; ahora bien, por aplicación del artículo 60 en su interpretación jurisprudencial, podemos admitir, siempre que pueda presumirse el consentimiento de la mujer, que la otra parte no podrá poner excepción de falta de acción en el marido que actúa por sí solo sin ostentar poder de su mujer: en esto la situación es la misma que en el Código civil. Pero resulta muy claro que la mujer podrá oponerse en cualquier momento a ser representada en juicio por su marido: no sólo por las razones genéricas que lo abonan en la normativa del Código civil, sino argumentado *a fortiori* sobre el artículo 49-2 de la Compilación: si la mujer puede privar al marido de su representación en materia de administración de los bienes de ella, mucho más en materia de disposición de los mismos. Si la mujer se opone a ser representada por su marido, podrá actuar por sí misma, pero con licencia de éste —pues no estamos en el ámbito de la administración— que podrá ser suplida, ante su negativa, por la habilitación judicial, o hecha innecesaria si la mujer consigue que el marido sea privado de la administración a través del procedimiento previsto en el artículo 50 de la Compilación.

(66) De acuerdo, PALÁ MEDIANO, en *Est. Castán*, I, pág. 369.

Rescisión de la venta por violencia generalizada

(Comentarios a la sentencia de 15 de abril de 1969
de la Corte Suprema de Justicia de Colombia)

GONZALO AFANADOR
Doctor en Derecho

SUMARIO: 1. Cuestiones doctrinales de la Sentencia. 2. Relación de los hechos. 3. Los fallos de primera y segunda instancia. 4. Fundamentos de impugnación. 5. Presupuestos de la noción clásica de la fuerza. 6. El origen de la fuerza. 7. Leyes de Alemania, Suiza, Italia. 8. Jurisprudencia de los Tribunales Franceses. 9. La Ley 201 de 1959, de Colombia. 10. Elementos axiológicos de la acción rescisoria. 11. Conclusión.

1. La fuerza o violencia, en órbita de los vicios de la voluntad, se suele definir como la *injusta coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a la celebración de un acto jurídico*. Se ha dicho, con razón sobrada, que esta definición no traduce el verdadero vicio sancionado por el Derecho, sino la causa del mismo. En realidad, la violencia es un hecho externo distinto del temor o miedo que infunde en el ánimo de la víctima y que es el que la coloca ante el dilema de realizar el acto que se le propone o de sufrir el mal que ya se le inflinge o con el que se le amenaza, coartándole así el grado de libertad requerido por la Ley para el ejercicio de su voluntad jurídica.

Sobre estas importantes cuestiones se pronuncia la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de abril de 1969.

La variante introducida por la sentencia que se comenta consiste en que deja de atender, aún menos que dentro de la concepción clásica, al origen de la fuerza, o sea, si ésta proviene del acto de una de las partes, o de un tercero, o de hechos meramente naturales en que no interviene la voluntad humana, sino que mira directamente al verdadero vicio del consentimiento, cual es la intimidación de la víctima.

En el derecho romano el límite legal a partir del cual la lesión cobraba operancia era excesivo, pues en la mayoría de los casos se fijaba en más de la mitad de su justo precio (*laesio ultra dimidium*).

La sentencia introduce una nueva aplicación en lo que toca con el requisito tradicionalmente exigido de que la fuerza sea injusta, en el sentido de considerar como tal, no ya sólo las actuaciones humanas violentas y, por ende, condenables dentro del ordenamiento jurídico, sino también el aprovechamiento del temor o estado de necesidad de la víctima, cualquiera que sea su causa, para el logro de ventajas económicas excesivas, aunque éstas no alcancen al límite a partir del cual se configura la lesión enorme.

2. Los hechos fundamentales del litigio se pueden sintetizar así: "Alberto Trujillo Escobar fue dueño de una finca rural ubicada en el municipio de Muralanda, en el paraje de El Retiro, y alindada como aparece en el hecho primero. Trujillo Escobar vendió a Samuel Escobar Gómez un lote de terreno segregado de aquella finca mediante la escritura 2.187 otorgada en la Notaría Primera de Manizales el 5 de diciembre de 1950, lote que se determina en el hecho tercero. En la celebración de este contrato de compraventa Trujillo Escobar "no dio su consentimiento en forma libre y espontánea", sino "forzado por razones de la violencia que en la región de Marulanda se desató en esa época y de la cual fue directamente víctima, no sólo por las amenazas de muerte que recibió de los violentos de turno, sino también por el atentado perpetrado contra él y su acompañante a principios del año 1950". Con la violencia que se desató contra Trujillo Escobar se perseguían dos cosas, a saber: "deshacerse de él como jefe político y, en segundo lugar, hacer que por esos hechos se le forzara a vender a menos precio su finca, todo lo cual lograron sus gratuitos perseguidores". De lo anterior se concluye que "el vendedor no tuvo libre determinación y, por consiguiente, su consentimiento estuvo viciado de nulidad absoluta, por cuanto fue inducido a contratar bajo fuerza y violencia". Por razón de esa misma violencia que se extendió a todo el país, el Gobierno decretó el estado de sitio en toda la República desde el año 1949, situación ésta que subsistió hasta el primero de enero de 1962. En vista de las muchas ventas forzadas que los propietarios se veían obligados a efectuar para salvar su vida o algo de su patrimonio, el Congreso Nacional dictó la Ley 201 de 1959. El demandado Samuel Escobar Gómez se aprovechó de la violencia o se benefició de ella con la adquisición del lote de terreno que le vendió Trujillo Escobar, "quien tuvo que proceder a ello forzado por las circunstancias que antecedieron a dicha negociación y a las cuales no fue ajeno el comprador demandado", quien se lucró de la violencia adquiriendo a menos precio la referida propiedad. El mencionado contrato de compraventa es también rescindible por la lesión enorme que sufrió el vendedor, "ya que el precio recibido es inferior en mucho a la mitad del verdadero valor en dicha época".

3. El Juzgado del conocimiento absolvió al demandado de todos los cargos formulados por el actor y condenó al pago de las costas del juicio.

El actor impetraba las siguientes declaraciones:

Primero. Que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato de compraventa celebrado entre los señores Alberto Trujillo Escobar, como vendedor, y Samuel Escobar Gómez, como comprador, extendido por medio de la Escritura Pública número 2.187 de fecha cinco de diciembre de 1950, otorgada en la Notaría Primera de Manizales, por cuanto que el vendedor dio su consentimiento viciado de fuerza, o por la fuerza, en virtud de la violencia que en la región del municipio de Marulanda se había desatado en la época de la venta, especialmente contra el vendedor señor Trujillo Escobar.

Segundo.

Tercero.

Cuarto.

“Petición subsidiaria. Para el caso en que no se declare la primera petición principal sobre nulidad de la venta, pido entonces al señor Juez que subsidiariamente se declare: Que el señor Alberto Trujillo Escobar sufrió lesión enorme como vendedor en la venta que le hizo de parte de su finca al señor Samuel Escobar Gómez, según la Escritura Pública número 2.187 de 5 de diciembre de 1950, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Manizales. Por tanto, queda rescindida por lesión enorme la venta dicha, por cuanto que el vendedor recibió como precio un valor en mucho inferior a la mitad del justo que tenía el día de la venta, quedando por tanto al arbitrio del comprador consentir en ella o completar el justo precio con deducción de una décima parte.

Por apelación del demandante, surtióse el segundo grado que remató con el fallo del 28 de febrero de 1966, proferido por el Tribunal Superior de Manizales, por el cual se confirmó la providencia apelada y también se condenó al recurrente en las costas de la instancia. La motivación del fallo del Tribunal de segunda instancia es la siguiente:

Refiriéndose a la acción de nulidad del contrato *sub lite*, advierte el sentenciador que los hechos enunciados por el actor no constituyen causales de nulidad absoluta, por cuanto los vicios del consentimiento sólo generan la relativa, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 1.740 y 1.741 del C. C.; pero que, pese a la incorrecta denominación empleada por aquél, hay lugar a decidir la cuestión planteada, dándoles a tales hechos la significación que verdaderamente tienen.

Observa que el libelo, al atacar el contrato en cuestión, asume dos posiciones jurídicas diversas: en primer término, describe un cuadro sombrío de violencia generalizada en el paraje El Retiro del municipio de Marulanda, donde está ubicada la finca vendida, y de la cual fue víctima el actor, quien de ello pretende deducir, con cita de los artículos 1.513 y 1.514 del C. C., que su consentimiento estuvo viciado por una fuerza que le indujo a contratar en condiciones económicas desventajosas; pero que, en los hechos finales, el libelo

también invoca “esa especie de presunción que contiene el artículo 10 de la Ley 201 de 1959”.

En relación con la primera de las aludidas posiciones comenta el fallo: “es preciso advertir primero que la mayor parte de los hechos de la demanda están destinados a describir, como ya se dijo, un estado anormal de inseguridad reinante en la comarca donde está ubicada la finca que enajenó el señor Trujillo Escobar, en la época en que se verificó ese negocio. Pero, pensando quizá el actor que esas circunstancias podían ser por sí solas, y dentro del régimen del Código Civil, generadoras del vicio del consentimiento que alega como causal de nulidad, resolvió atribuirle directamente al demandado una conducta maliciosa, un aprovechamiento ilícito de aquel estado de cosas para inducir al vendedor a un contrato desventajoso.

“Pero resulta que, de acuerdo con el artículo 1.514 del C. C., citado por el actor, la fuerza o violencia que puede llevar a viciar el consentimiento es la que se ejerce por quien pretende reportar beneficio de ella, o por cualquiera otra persona que la emplea con el objeto de obtener el consentimiento de otro. No habla por tanto nuestro código de la coacción que proviene de los acontecimientos creadores de un estado de inseguridad y a los cuales han sido ajenos los contratantes”. Apoyándose en la opinión de un tratadista, según la cual no existiría la fuerza cuando alguien se aprovecha de aquellos acontecimientos y de la influencia de los mismos sobre el ánimo del otro contratante para obtener un convenio ventajoso, siempre y cuando que no se haya realizado acto alguno para lograr esa determinación, agrega el Tribunal: “Aplicando estos conceptos al caso de autos, se llega a la conclusión de que, aun aceptando como cierto el hecho de que la región donde está ubicada la finca que enajenó el señor Trujillo Escobar se vio azotada por la violencia política en la época del contrato, la acción de nulidad instaurada sólo podría prosperar en el caso de que se hubiera probado también que el demandado Escobar Gómez se aprovechó de esta calamidad para inducir a aquél a que le traspasara el mencionado inmueble en condiciones desfavorables para el vendedor. Porque si Escobar Gómez fue ajeno a los hechos que se anuncian generadores de aquel estado de zozobra en el municipio de Marulanda; y si además no se le puede imputar la ejecución de acto alguno tendente a forzar la voluntad del señor Trujillo Escobar, es obvio que aquella acción, enfocada únicamente a la luz de las disposiciones pertinentes del C. C., carecerá de fundamento y deberá ser rechazada. Y precisamente lo que ocurre en este juicio es que no aparece demostrado que el señor Escobar Gómez hubiera tenido participación alguna, directa o indirectamente, en los hechos que el actor señala como determinantes de la violencia que le indujo a celebrar el contrato. Ni se demostró tampoco actividad maliciosa alguna del señor Escobar Gómez, encaminada a obtener provecho indebido del estado de temor en que el demandante dice haberse encontrado cuando vendió su finca; ni menos aún se acreditó que éste hubiera sufrido perjuicio económico con esa enajenación”.

Al examinarla segunda de las mencionadas posiciones jurídicas asumidas por el actor en su demanda, o sea, a la que toca con la pertinencia al caso *sub lite* de la Ley 201 de 1959, el sentenciador da por establecido que el contrato en cuestión fue celebrado dentro de la vigencia del estado de sitio decretado por el Gobierno y que cobijó al Departamento de Caldas desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 31 de diciembre de 1961. Pero, agrega que al invocar el actor la precitada ley, ha debido demostrar también, lo que no hizo, que el demandado se aprovechó del estado de anormalidad para obtener una ventaja injusta en detrimento de aquél, como quiera que, de conformidad con el objetivo señalado en el encabezamiento de esa ley y con lo preceptuado por el artículo 10 de la misma, la presunción que éste establece sólo tiene operancia cuando el aprovechamiento se traduzca en condiciones tan desfavorables que haya de entenderse que, sin ellas, el contrato no se habría celebrado.

“Se requiere, pues, para obtener éxito en el ejercicio de una acción de nulidad fundada en las disposiciones de la ley que se viene comentando, que uno de los contratantes haya sufrido una lesión patrimonial, aunque ésta no alcance a configurarse como una lesión enorme; y que el otro contratante se haya aprovechado mediante una contra-prestación que implique para él un enriquecimiento sin causa justa...”. “En el presente caso no se probó que el señor Trujillo Escobar hubiera celebrado el contrato de compraventa de que se trata en condiciones desfavorables para él, es decir, con la aceptación y recibo como precio del inmueble en una suma de dinero que no correspondía a su justo valor en la época del contrato; y de allí que, lógicamente, tampoco resulte demostrado un correlativo aprovechamiento por parte del comprador Escobar Gómez”.

A esta conclusión llega el sentenciador con fundamento en que el actor pretendió acreditar el precio que tuviera el inmueble vendido al tiempo del contrato mediante declaraciones de testigos y no, como sería de rigor, con un dictamen pericial.

A continuación, el fallo evoca el estudio de la acción subsidiaria de rescisión del contrato *sub lite*. Recuerda los requisitos de esta acción respecto de la compraventa de bienes inmuebles, según los dictados de la ley y la doctrina jurisprudencial, para destacar el que consiste en la determinación del justo precio de la cosa al tiempo de celebrarse el contrato, requisito cuya ausencia se verifica nuevamente por haber omitido el actor acreditar dicho precio en el juicio mediante la prueba idónea del dictamen pericial. En tales circunstancias, concluye el Tribunal que también debe confirmarse la sentencia recurrida en cuanto desestima esta otra acción.

4. El actor fundó la impugnación en la violación directa del artículo 10 de la ley 201 de 1959, según los siguientes términos:

“a) Porque es característico de los contratos onerosos lucrativos, que son precisamente los comprendidos en la norma legal de que se trata, que ellos se celebran en provecho económico de ambos contratantes, o de todos si hay más de dos. El provecho para uno de

los contratantes está en la contraprestación a cargo del otro o de los otros. Así, en la compraventa el provecho para el comprador consiste en llevar a su patrimonio la cosa que compra, y para el vendedor el obtener el precio de la venta. De acuerdo con esto, el aprovechamiento económico de quien celebra un contrato de esta clase está en su misma celebración, porque de ésta le resulta el provecho de llevar a su patrimonio la cosa prometida por el otro o por los otros contratantes.

"b) Porque, de conformidad con lo anterior, el aprovechamiento a que se refiere la norma del artículo 1.º de la Ley 201 de 1959, consiste en la celebración de un contrato oneroso, aprovechando para ello el estado de anormalidad, de inseguridad, de violencia generalizada dentro de la región en donde es celebrado toda vez que ese contrato va a producir para quien lo celebra el provecho económico de llevar a su patrimonio el objeto de la contraprestación a su favor. Y si a tal aprovechamiento se agregan las condiciones desfavorables en que es celebrado el contrato, que hagan presumir que en estado de libertad jurídica no se hubiera celebrado, se entenderá viciado por violencia el consentimiento del contratante favorecido con dicha presunción.

"c) Pero las condiciones desfavorables a que se refiere la norma pueden no estar en los elementos intrínsecos del contrato, sino en hechos exteriores y adventicios que lleguen a determinar su celebración. Y así las cosas, no podrá menos de considerarse como condición gravemente desfavorable para uno de los contratantes en la celebración de un contrato el estado de justo temor en que se encuentra de sufrir un daño grave o hasta la pérdida de su vida si no lo celebra.

"e) Porque si esto ocurre, queda gravemente afectada la libertad jurídica con que debe producirse el consentimiento para que con él se genere válidamente el contrato. Y es precisamente aquel justotemor lo que produce vicio del consentimiento por fuerza o violencia de conformidad con la norma general consignada en el artículo 1.513 del C. C.

"f) Porque de acuerdo con lo que se deja expuesto, no hay razón alguna para ubicar las condiciones gravemente desfavorables a que alude la del artículo 1.º de la Ley 201 de 1959, únicamente en la lesión patrimonial para uno de los contratantes y en el correlativo enriquecimiento injusto para el otro o los otros, como equivocadamente lo ha hecho el Tribunal sentenciador en la motivación de su fallo. Puede muy bien existir un equilibrio económico perfecto entre las prestaciones de una y otra parte, y sin embargo de ello aparecer celebrado el contrato en condiciones gravemente desfavorables para uno de los contratantes, consistentes en hechos que coarten su necesaria libertad jurídica para su celebración.

"g) Porque de conformidad con las normas generales del C. C. sobre vicio de consentimiento por fuerza o violencia, tal vicio puede producirse sin que haya lesión patrimonial para el contratante vio-

lentado, pues lo que para ello se tiene en cuenta no es el resultado de carácter económico para dicho contratante, sino el hecho de haber celebrado el contrato sin la suficiente libertad jurídica para su celebración. Puede muy bien haber en un contrato de compraventa un equilibrio perfecto entre el precio y el valor económico de la cosa vendida, de suerte que ninguno de los contratantes sufra lesión patrimonial en provecho del otro, y sin embargo estar viciado por la violencia el consentimiento de uno de ellos.

"h) Porque es presencia de la defectuosa redacción y la poca claridad que de ella resulta en el texto del artículo 1.º de la Ley 201 de 1959, dicha norma debe interpretarse de conformidad con su finalidad eminentemente social, finalidad que no es otra que la de amparar a quienes se vieron forzados a la enajenación de sus bienes para salvar su vida o evitar graves e irreparables daños en su persona por causa de la delincuencia generalizada en la época y en el lugar de los respectivos contratos. Sin que para ello se haya tenido en cuenta el resultado económico bueno o malo para el enajenante en aquellas condiciones anormales, sino el hecho de no haber obrado con la necesaria libertad jurídica.

"i) Porque si así no se entendiera la norma en referencia, quedarían los afectados con estas situaciones anormales en peores condiciones que los que contratan en épocas de normalidad, pero violentados a prestar su consentimiento, porque según se dijo, para estos casos no entra en juego la lesión patrimonial, sino el solo hecho de la fuerza o violencia que destruye o merma la libertad del consentimiento.

"j) Porque el texto de la norma equivocadamente interpretada por el Tribunal sentenciador no dice que las condiciones desfavorables para quien celebra el contrato deban estar en sus elementos intrínsecos, produciendo lesión patrimonial para unos y enriquecimiento injusto para el otro o los otros. Por consiguiente es arbitrario limitar a esto lo desfavorable de las condiciones, siendo así que ellas pueden consistir en hechos exteriores que concurren a determinar la celebración del contrato sin la plena libertad jurídica que para ello se requiere.

5. Presupuestos de la noción de la fuerza. "Esta clásica institución latina, tal como se ofrece en el derecho moderno, presupone dos requisitos para la operancia de la sanción que conlleva, cual es la invalidación del acto celebrado bajo el imperio de la fuerza. a) El primero de ellos, claramente descrito en el artículo 1.513 de nuestro C. C. mira a la intensidad del acto violento y a la repercusión de éste en el ánimo de la víctima: "La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave". Corresponde, por tanto, al juez ponderar en cada caso esa intensi-

dad de la fuerza y de sus efectos, atendiendo para ello a los criterios que señala el texto legal transcrito: el criterio objetivo que atiende a la naturaleza de los hechos violentos para determinar si éstos son aptos para “producir una impresión fuerte”, un “justo temor” (*vani timoris non excusat*), para combinarlo con el criterio subjetivo que mira a “la edad, sexo y condición” de la víctima. b) El segundo de los aludidos requisitos para que la fuerza constituya vicio de la voluntad, no contemplado expresamente por nuestro Código, pero invariablemente tenido en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia, consiste en la injusticia de los hechos constitutivos de aquélla, entendiéndose como tales los que no encuentran legitimación en el ordenamiento jurídico respectivo.”

6. El origen de la fuerza. La Corte considera que, “ya desde el derecho romano se estableció una importante diferencia entre el dolo y la fuerza tocante con origen de tales vicios, pues, al paso que en relación con el primero se ha exigido que sea obra de una de las partes o de sus representantes, o que sea coonestado por aquella o por éstos, el efecto dirimente de la fuerza se da tanto cuando ella se ejerce por la contraparte o por la persona beneficiada con la celebración del acto, como también cuando proviene de un tercero, con lo cual se destaca aún más la razón de ser de la sanción legal correspondiente: el acto queda afectado de nulidad relativa en cuanto la fuerza, o mejor aún, el temor haya sido el factor determinante de su realización. “Para que la fuerza vicie el consentimiento—dice el artículo 1.514 del C. C.—no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado con ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento”.

7. Advierte la sentencia que en el Derecho romano la institución de la lesión funciona mecánicamente, vale decir, con independencia de su razón ética, cual es la de evitar la explotación indebida de la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de la víctima. Y trae a colación los esfuerzos de otras legislaciones más recientes, como la alemana, la suiza, la italiana, etc. La primera de éstas establece: “Es nulo el acto jurídico contrario a las buenas costumbres; y especialmente lo es aquel por el cual, aprovechándose de las dificultades, de la ligereza o de la inexperiencia de otro, alguien se hace prometer para sí o para un tercero, en cambio de una prestación o promesa ventajas económicas que excedan de lo que se promete o se da, en forma tal que sea evidente la desproporción atendidas las circunstancias” (C. C. art. 138). La suiza, ubicando mejor el fenómeno en el terreno de la protección de la autonomía de la voluntad privada, declara: “En caso de desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y el objeto de la obligación de la otra, la parte lesionada puede, dentro del término de un año, manifestar que rescinde el contrato y repetir lo que ha pagado, en cuanto la lesión haya sido determinada por la explotación de su penuria, de su ligereza o de su inexperiencia...” (C. Obligaciones, art. 21). Y, en el mismo sentido la italiana preceptúa: “En caso de

desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra, debida al estado de necesidad de una de ellas, de que la otra se aprovechó en su beneficio, la parte perjudicada puede reclamar la rescisión del contrato" (C. C. 1.448).

8. La sentencia se inspira en la jurisprudencia de los Tribunales franceses, según el siguiente texto: "En presencia de situaciones inequitativas, expresamente ubicadas y sancionadas en el campo de la lesión por las legislaciones últimamente mencionadas, pero insolubles dentro de la deficiente organización de dicho vicio y tampoco adaptables estrictamente a la concepción clásica de la fuerza o violencia, los Tribunales franceses se vieron en la necesidad de modificar esta última, extendiendo su radio de acción a los casos de aprovechamiento de la intimidación de uno de los agentes, aunque ella no proviniese de la actuación violenta de la contraparte beneficiada con la celebración del contrato, o de un tercero, sino también de hechos de la naturaleza indebidamente utilizados para el logro de una contraprestación manifiestamente desproporcionada. El ejemplo clásico en esta nueva doctrina jurisprudencial es el del contrato de salvamento marítimo, cuando el capitán de la nave en peligro ha sido forzado por la otra parte a reconocerle una recompensa excesiva en relación con el servicio prestado, mas no cuando dicho contrato se ha celebrado en condiciones equitativas".

9. La doctrina jurisprudencial francesa —continúa la sentencia— que se viene de exponer ha sido recibida en Colombia (Cas. 17 octubre 1962 ya cit.). Pero, es más: con fundamento en las mismas directrices que informan dicha doctrina, aquí se le encontró nuevo y vasto campo de aplicación con motivo de la proliferación de actos jurídicos celebrados bajo el imperio de la violencia generalizada y habitual que azotara al país durante no pocos años. Así la Corte tuvo la oportunidad de declarar la procedencia de la rescisión de los contratos celebrados en tales circunstancias, aprovechadas para el logro de beneficios desproporcionados (Cit. Cas. 28 julio 1958, LXXXVIII, 561 a 63). Y esta nueva aplicación jurisprudencial de la referida doctrina inspiró la expedición de la Ley 201 de 1959, cuyo artículo primero preceptúa: "En caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento del estado de anormalidad que se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera celebrado. Queda en estos términos aclarado el sentido y alcance del art. 1513 del C. C., en cuanto al consentimiento viciado por un estado de violencia generalizada."

10. En el considerando VIII de la sentencia la Corte Suprema de Justicia establece los elementos axiológicos de la acción rescisoria: "Dicho está que, a partir de la expedición del precipitado estatuto, la jurisprudencia ha venido declarando su recto entendi-

miento con base en los antecedentes históricos y en la preceptiva dogmática del mismo. En lo que respecta a los elementos axiológicos de la acción rescisoria que conlleva la aplicación del texto antes transcrito, tiénese que ellos son los siguientes: a) el acto o contrato debe haberse celebrado durante la vigencia del estado de sitio decretado por conmoción interior. Desde luego, esta restricción no se justifica en doctrina, porque si la finalidad buscada por la ley fue la de proteger la autonomía de la voluntad privada contra la violencia generalizada y el aprovechamiento indebido de la misma, el criterio determinante de la operancia de aquélla es el estado de necesidad o intimidación de la víctima, el que podría darse con prescindencia de la referida medida oficial, cuya adopción o cuya derogatoria pueden coincidir o no con la real perturbación del orden público, como también depender de meras consideraciones de conveniencia política; b) el acto o contrato debe haberse celebrado bajo el imperio de la violencia generalizada, o sea, que no es bastante la sola declaratoria del estado de sitio, porque se repite que la sanción establecida por la ley, consistente en la anulación de dicho acto o contrato, obedece a la injusticia que éste conlleva y que, en la doctrina del estado de necesidad radica en el aprovechamiento indebido de la situación calamitosa en que se encuentra colocada la víctima, y no en la medida política adoptada por el Gobierno precisamente para remediar situaciones de dicha índole; y c) las condiciones del contrato han de ser tan desfavorables para una de las partes que permitan presumir a la vez, que ésta no las habría aceptado en circunstancias normales y que la otra parte ha aprovechado indebidamente la intimidación de aquélla. De esta suerte, se configuran los requisitos generales para que la fuerza sea considerada como vicio del consentimiento; el de que ella alcance una intensidad tal que determine a la víctima a celebrar el contrato, y el de la injusticia, que aquí se hace consistir en el aprovechamiento de la violencia generalizada para obtener las ventajas correlativas al considerable detrimento experimentado por la víctima en razón de dicho contrato. Como se ve el presupuesto legal de que se trata, reproduce, en su integridad, el criterio adoptado por la doctrina denominada "del estado de necesidad" desde su prístina aparición jurisprudencial en Francia. Recuérdese, en efecto, que en el ejemplo clásico ya citado del salvamento de un navío en peligro, los tribunales franceses hicieron depender la validez o la anulación del contrato, de que la recompensa por tal servicio fuera equitativa o excesiva, respectivamente.

11. Conclusión. El actor no demostró que su poderdante hubiera celebrado el contrato de compraventa en condiciones desfavorables para él, sólo presentó unas declaraciones de testigos sobre el justo precio que tenía el inmueble al tiempo del contrato. Por ello no podía acogerse a la norma de la ley 201 de 1959. Pero tampoco le favorecía el estatuto general del Código Civil sobre nulidad por vicio del consentimiento, porque en este caso el origen de la fuerza debe:

provenir del acto de una de las partes o de un tercero “con el objeto de obtener el consentimiento” según lo dispone el artículo 1.514 del Código Civil. En el *sub lite*, la fuerza o violencia era de carácter político y en manera alguna se había creado para la obtención de contratos onerosos. Por esto la Corte *no casó* la Sentencia.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ALONSO OLEA, Manuel: "Derecho del Trabajo". Universidad de Madrid. Facultad de Derecho.—Sección de Publicaciones. 1971. 585 páginas.

Quizá lo primero a destacar de este nuevo libro de Alonso Olea sea la forma como trasciende en él la vocación docente de su autor. Las tres partes en que pudiéramos dividirlo mentalmente a saber: estudio del derecho laboral sustantivo, de las fuentes del derecho y del derecho procesal del trabajo, vienen expuestas por este orden y ello sin duda ha sido buscado de propósito por el autor con fines didácticos pensando que los alumnos de su cátedra —donde desarrolla cotidianamente su labor docente— y todos aquellos a quienes pueda servir de texto de estudio, encontrarán facilitada la tarea de enfrentamiento con los problemas peculiares de genética jurídico-laboral, si conocen previamente el derecho sustantivo del trabajo. Ciertamente tal orden es original y desusado, mas si bien se piensa es enormemente práctico para el estudiante.

Asimismo es de justicia resaltar la enorme claridad, ordenación sistemática y concisión del libro —el estilo de Alonso Olea y su facultad de síntesis hace que pudieran reconocerse los libros que salen de su pluma sin necesidad de que los firmara su autor— ello produce, a efectos de estudio del derecho positivo, la inestimable ventaja de que pueda abordarse desde una perspectiva lógica y rigurosa que facilita la memorización y permite que cada precepto legal, opinión, doctrina o sentencia citada, quede encajada exactamente en lugar oportuno y se hagan perfectamente inteligibles. No es, sin embargo, un libro fácil de aprender para el alumno, más en modo alguno puede reprocharse al autor el que poco menos que haya de ser estudiado al pie de la letra, sin saltarse una línea, sino que tal consecuencia deriva de la amplitud y complejidad del derecho del trabajo; si Alonso Olea quintaesencia éste y lo expone de una forma completísima, de modo y manera que todo lo que dice es importante, obviamente quien pretenda un conocimiento pleno de tal materia habrá de estudiar a fondo sin dejarse nada.

Pero el libro que nos ocupa, como casi toda la producción de Alonso Olea, bien que orientado a la docencia trasciende tal terreno. Es obra que necesariamente estará en la mesa de todo jurista que pretenda asomarse a la problemática jurídico laboral. Quizá más que a los alumnos interese este *Derecho del Trabajo* a los que aspiramos a considerarnos discípulos del Presidente del Tribunal Central del Trabajo a través de su literatura y trato directo —su Cátedra es verdadero semillero de laboristas, varios de los cuales son hoy Catedráticos a su vez— y a todo el que desde un puesto docente, despacho de abogado, Delegación de Sindicatos, empresa, unidad administrativa del Ministerio o Tribunal tenga por obligación y/o por vocación estudiar, orientar, dictaminar o resolver sobre cuestiones laborales. En su libro se encuentran sugerencias y opiniones doctrinales propias y ajenas, así como citas perfectamente actuales de la jurisprudencia de todas las Salas del Alto Tribunal y de la doc-

trina del Tribunal Central de Trabajo, y por supuestos, citas legales, precisas —casi siempre señala el número de orden de las Leyes y Decretos, además de su fecha— todo lo cual constituye un material de inestimable valor, punto menos que imprescindible, para el planteamiento y solución de problemas jurídico-laborales.

Merecen mención particular las notas a pie de página del libro. Tales notas no son, como es común, puro alarde de erudición, sino ampliaciones de puntos concretos del texto, orientaciones al lector a fin de que pueda continuar el estudio en otros libros, o consultando jurisprudencia o bien breves estudios sobre temas importantes, bien que marginales al derecho laboral, cual ocurre, por ejemplo, en relación con el tema de la población activa (pág. 38) o de la delegación legislativa (págs. 306 a 308). Dichas notas son numéricamente escasas —dos a lo sumo por capítulo— y su oportuna colocación y cuidada redacción hace que su lectura pueda realizarse sin que el lector pierda el hilo de la idea del texto, cual ocurre a menudo en muchas publicaciones.

El *Derecho del Trabajo* consta de cuarenta capítulos precedidos de un breve prólogo en el que nos promete una futura edición completada con el tratamiento del concepto e historia del Derecho del Trabajo y del Derecho Sindical, con lo que quedará definitivamente completado un futuro Derecho del Trabajo. En realidad la parte relativa a la introducción, concepto e historia del Derecho del Trabajo, la trató magistralmente Alonso Olea en un libro publicado por la editorial de Derecho Privado, que lleva ya dos ediciones, y la de Derecho Sindical requerirá posiblemente un cierto período de espera, hasta que la reciente Ley Sindical lleve algún tiempo de vigencia que permita su estudio con conocimiento de causa.

Tras el prólogo viene un nomenclator de abreviaturas de uso frecuente; luego el texto propiamente dicho; después un índice cronológico de normas y jurisprudencia de gran utilidad a efectos de facilitar la labor de quien utilice el libro con fines profesionales, y por fin el índice sistemático de capítulos.

En el texto los capítulos 1 a 22 y 32 a 38 son una repetición perfectamente actualizada en el orden normativo y en el jurisprudencial de dos libros fundamentales dados a la imprenta por Alonso Olea, respectivamente en 1968 y 1969, a saber, las *Lecciones sobre contrato de trabajo* y el *Derecho procesal de trabajo*. Aquéllas contienen toda la problemática del Derecho sustantivo del trabajo —no de la Seguridad Social, por supuesto, que trata el autor en publicaciones específicas—, es decir, del contrato de trabajo propiamente dicho y sus requisitos y elementos; trabajo de mujeres menores y extranjeros a domicilio; empresa; nacimiento de contrato de trabajo y contrato a prueba; prestaciones del contrato de trabajo; duración descansos, jornadas, salario, extinción y despidos, colocación, aprendizaje y formación profesional, etcétera.

Los veinticinco capítulos de las *Lecciones de Derecho de Trabajo* se reducen a veintidós en el presente libro, más su contenido y redacción es el mismo. Como las *Lecciones* son una obra perfectamente conocida y ha sido objeto de recensiones en revistas especializadas, no nos referimos más ampliamente a los capítulos 1 a 22 del Derecho del Trabajo de Alonso Olea, pues no haríamos sino repetir algo de sobra conocido y alargarnos innecesariamente.

Lo mismo cabe decir respecto al *Derecho Procesal de Trabajo* publicado en 1969. Los capítulos 32 a 38 del libro que hoy ocupa nuestra atención, recogen los nueve del de 1969 actualizándolos. La gran difusión del *Derecho Procesal de Trabajo*, de Alonso Olea, cuyos capítulos aparecieron como trabajos independientes primeramente en la Revista de Trabajo y luego fueron recogidos y ordenados en libro aparte, nos excusa de su examen pormenorizado, bastando señalar que en ellos se estudia el proceso y la jurisdicción de trabajo, los órganos jurisdiccionales, las partes, pretensiones procesales, los actos procesales, los procedimientos y procesos previos y conciliación, el proceso ordinario, los procesos especiales, los procesos impugnatorios y recursos y las ejecuciones, es decir, toda la problemática que ofrece el Derecho procesal de trabajo.

Los capítulos 23 al 29 estudian las cuestiones relativas a las fuentes y la aplicación del Derecho del Trabajo, los 30 y 31 los conflictos de trabajo, y los dos últimos, o sea, el 39 y 40, la parte orgánica y el procedimiento administrativo, así como la relación entre la Administración laboral y la Jurisdicción. Tales capítulos son enteramente nuevos y originales.

En relación con lo que pudiéramos llamar genética jurídico-laboral, Alonso Olea distingue por un lado la incidencia que la materia laboral produce en la doctrina general de las fuentes del Derecho y por otro las fuentes formales exclusivas del Derecho laboral, por alumbrar fuerzas sociales que no atañen a otras ramas del Derecho. No estudia por ende la doctrina general de las fuentes del Derecho, que es propia de otras disciplinas, si bien hace las referencias adecuadas y oportunas y expone, cuando procede, su opinión; por ejemplo, en el tema relativo a la legislación delegada —nota en págs. 306 a 308— y su posible control, puntualiza acertadísimo, a nuestro juicio, el problema y templa audacias doctrinales que ciertamente con gran altura habían tentado a nuestros administrativistas más eminentes.

En el capítulo 23 examina la importancia de las normas internacionales en el Derecho del Trabajo, así como el fenómeno de la internacionalización de dicha rama; estudiando concretamente la O. I. T. —de cuya organización y procedimiento es conocedor como nadie, lo que hace que todos los años asista a las Conferencias de Ginebra, donde presta a nuestra patria servicios que quizá sólo él puede rendir—, su estructura y funciones, así como los Convenios y Recomendaciones de tal organización. Asimismo se refiere a otras organizaciones internacionales universales —Naciones Unidas, de cuyo Comité Económico y Social forma parte— y regionales como la Comunidad Económica Europea. También se refiere a los Convenios bilaterales y termina el capítulo con un apartado relativo al Derecho internacional privado del Trabajo. En relación con el tema, es de señalar que apunta como doctrina más segura la de que el convenio o tratado ratificado y publicado queda incorporado al Derecho interno en virtud del acto de ratificación y ello parece acertado dadas las garantías cuasi legislativas de la ratificación y dada la directriz jurisprudencial que se recoge en el texto, si bien plantea el problema de la posibilidad de derogación por una norma interna del convenio o tratado, ratificado en cuanto norma positiva aplicable en el Derecho interno —que existe, a nuestro juicio, sin duda alguna, sin perjuicio de las consecuencias que puedan surgir en el plano internacional.

El capítulo 24 trata de las fuentes formales a través de las que surge la potestad jurídica de la comunidad estructurada formalmente en el Estado, es decir, de los distintos tipos de ley. Aborda en él el tema de la constitucionalización del Derecho del Trabajo y de las Leyes Fundamentales con densidad laboral, Fuero del Trabajo —respecto al que recoge la última directriz jurisprudencial señalando no vincula directamente al juzgador, sino que va dirigido al legislador—, Fuero de los Españoles y Ley de Principios del Movimiento. A continuación examina la Ley en sus respectivas clases —Ley formal, Decreto Ley, Ley de prerrogativa y Ley delegada— y el Reglamento propiamente dicho, haciendo las precisiones y puntualizaciones oportunas en relación con la materia laboral. Estudia luego las reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales, examinando sus caracteres —regulación de condiciones mínimas; regulación de la materia por ramas de producción—; naturaleza jurídica —normas dictadas por el ejecutivo en base a una deslegalización para tal sector del ordenamiento, susceptibles de ser recurridas ante la jurisdicción contencioso administrativa—; clases —interprovinciales, provinciales y de empresa—; procedimiento de elaboración, y contenido resaltando el carácter mínimo necesario de éste y los extremos que ha de abarcar, según la Ley de Reglamentación es de 1942. Termina el capítulo refiriéndose a la interpretación de reglamentaciones y ordenanzas, patentizando la importancia de las facultades de la Dirección General de Trabajo, en relación con dicha interpretación, que arrancan tanto del Reglamento Orgánico del Ministerio como de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo, como de las propias órdenes aprobatorias de las Reglamentaciones y Ordenanzas que contienen una cláusula de estilo otorgando a dicha Dirección posibilidades interpretativas. Resalta que la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente dichas funciones de la Dirección General de Trabajo con la insistencia de que sus resoluciones para ser vinculantes han de publicarse en el "Boletín del Estado" por imperativo de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En suma, existe para la Dirección General de Trabajo una singular potestad normativa delegada —clara excepción al principio general de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración, conforme a la que los Ministros no pueden delegar funciones que den lugar a la adopción de disposiciones generales —distinta de la resolutoria de expedientes concretos y de la de dictar circulares o instrucciones de servicio, de ninguna de las cuales puede emanar una norma en sentido estricto. El esquema de fuentes estatales se completa con el estudio de las normas de obligado cumplimiento en relación con los Convenios Colectivos; de las decisiones y sentencias en relación con los conflictos colectivos; de las sentencias del Tribunal Supremo, en recurso en interés de Ley; y de las potestades de homologación de Convenios Colectivos y reglamentos de régimen interior que realiza en otros capítulos.

El capítulo 25 se refiere a las fuentes del Derecho independiente de la arquitectura formal del Estado. Estudia Alonso Olea en él la costumbre como fuente del Derecho laboral —señalando el doble carácter de local y profesional que debe poseer—, así como la que adquiere carácter normativo por remisión de la Ley y advierte el juego de la costumbre, en cuanto no se trate de una remisión expresa de la ley a la misma, no es precisamente corriente en el De-

recho del Trabajo que tiene fuentes formales propias y suficientes que incluso sirven para entender el juego de la costumbre como una especie de convenio colectivo tácito —lo que es especialmente cierto en materia de rendimientos—. Respecto al concepto y esencia de la jurisprudencia y sus distintos matices.—la propiamente tal de las diversas salas del Tribunal Supremo; la doctrina del Tribunal Central de Trabajo; sentencias en interés de la Ley en que basta una sola para crear doctrina legal que pueda fundamentar un recurso; sentencias normativas; criterios administrativos de las Direcciones Generales del Ministerio al resolver recursos, distintos por supuesto de la potestad reglamentaria y de la de dictar circulares e instrucciones que a las mismas corresponde—, hace el autor un estudio brillantísimo y exhaustivo del difícil tema con una serie de puntualizaciones y distinciones que ponen claridad en el mismo. Es de resaltar que perfila y sienta la sana doctrina de que la jurisprudencia no es fuente de Derecho, mas a través de reiteradas resoluciones de las diversas Salas del Tribunal Supremo, o a través de las sentencias en interés de la ley, la doctrina que sientan —doctrina legal— se incorpora a la norma que interpreta y se aplica como norma jurídica complementaria.

En los capítulos 26 a 28 inclusive estudia las normas especiales del Derecho del Trabajo que no existen en otras ramas jurídicas, es decir, el convenio colectivo y el reglamento de régimen interior. Respecto al convenio colectivo lo define como “el contrato celebrado por representaciones de trabajadores y empresarios para la regulación de las condiciones de trabajo” y destaca su carácter normativo. Se refiere a las unidades de contratación de convenios; a las partes del convenio y a los actos de extensión y acuerdos de adhesión al convenio. En el capítulo 27 aborda el procedimiento de elaboración del convenio —iniciativa, deliberación homologación— y su ineficacia, así como sus efectos e interpretación. En el capítulo 28 se refiere al contenido —obligacional y normativo— del convenio, a las normas de obligado cumplimiento —cuya naturaleza es distinta de la del convenio y similar a la de la Reglamentación de Trabajo— a los convenios colectivos impropios —posibles a través de las llamadas “retribuciones voluntarias” en materia salarial de los Decretos de 22 de junio de 1956 y 21 de marzo de 1958, aceptadas por los trabajadores en el ámbito de una empresa— y a los Reglamentos de Régimen interior como expresión del poder directivo del empresario y adaptación de las Reglamentaciones de Trabajo al medio particular de cada empresa. En concreto, distingue entre Reglamentos de acomodamiento y Reglamentos paccionados similares a los convenios colectivos, creados por el Decreto de 12 de enero de 1961. Señala el evidente carácter normativo de tales Reglamentos, bien que al igual que en el convenio no rija para ellos la máxima “iura novit curia” al no ser publicados en el Boletín del Estado y hayan de probarse en juicio.

El capítulo 29 constituye, para nuestro gusto, la que pudiéramos llamar “lección magistral” del libro. Se aborda en él con pleno acierto la difícil problemática de la aplicación del Derecho del Trabajo y las peculiaridades de la misma en relación con el problema de la jerarquía de las fuentes de distinto rango, en el que juegan el principio de norma mínima y norma más favorable que vienen a establecer peculiaridades y alteraciones a la solución normal, respecto a la determinación de cuál ha de ser la norma aplicable entre las

simultáneamente vigentes, dado el carácter de Derecho irrenunciable que tiene para el trabajador el Derecho laboral. Trata a seguida del problema de la sucesión de normas del mismo rango que viene afectado en el Derecho laboral por el mantenimiento de las condiciones más beneficiosas logradas individualmente por los trabajadores. A continuación y ya desde el plano contractual más que normativo, estudia la irrenunciabilidad de derechos por el trabajador, mientras el contrato de trabajo exista. Por fin estudia el principio "pro operario", que en seguridad social sería "pro beneficiario" o "pro accidentado de trabajo", por ejemplo, eje de la interpretación del Derecho social. Termina el capítulo señalando que, conforme al artículo 16 del Código civil, este cuerpo legal y los principios generales del Derecho, vienen a integrar el Derecho del trabajo y colmar las posibles lagunas.

Los capítulos 30 y 31 se dedican al estudio de los conflictos colectivos y se estudian éstos tanto desde un punto de vista doctrinal —distinguiendo conflicto individual, conflicto plural y conflicto colectivo propiamente dicho por un lado, y conflictos jurídicos y de intereses por otro— como desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, distinguiendo entre los modos de formalización —sin cesación de trabajo o con cesación, entre los que se contemplan la huelga y el cierre— y la solución de los conflictos —por negociación directa, mediación y conciliación, arbitraje voluntario y obligatorio—. En estos capítulos se examina, con la característica minuciosidad de Alonso Olea, toda la problemática del conflicto colectivo y su solución y se apuntan directrices en cuanto a la posibilidad de huelgas legales tras el Decreto de 22 de mayo de 1970 y la modificación en 1965 del artículo 222 del Código penal, así como de la Declaración XI, 2 del Fuero del Trabajo por la Ley Orgánica del Estado. Aún no ha transcurrido suficiente tiempo desde el Decreto de Conflictos Colectivos para sentar conclusiones definitivas, mas es muy posible que la jurisprudencia futura siga los criterios de Alonso Olea respecto a que la huelga puramente laboral, seguidos los trámites del Decreto de 22 de mayo de 1970, no rompe, sin más, el contrato de trabajo, sino que debe juzgar plenamente el artículo 77 de la Ley de 1944 al respecto.

Finalmente aludiremos a los capítulos 39 y 40 los dos últimos del libro que también son nuevos. En el 39 se estudia el aspecto orgánico de la Administración laboral, tanto central como periférica, la Inspección de Trabajo y los Organismos Autónomos. En el 40 los procedimientos administrativos laborales especiales que siguen en vigor después de la Ley del Procedimiento Administrativo de 1958, a tenor del Decreto de 10 de octubre de tal año, no estudiados en otros capítulos, es decir el procedimiento de imposición de sanciones y el de clasificación profesional. En el último apartado estudia el tema de las relaciones entre jurisdicción y Administración laboral y estima quizá la solución más acertada hubiera sido atribuir la revisión jurisdiccional de los actos administrativos laborales, a la jurisdicción de trabajo, mas tal solución parece abandonada "de lege data". Señala que no hay duda en cuanto a que en la Administración laboral existe una potestad sancionadora genérica— cual se desprende a través de toda la legalidad vigente. Tampoco respecto a la potestad administrativa de dictar decisiones de fondo, en materias en que exista un procedimiento cuya vigencia conserva la Ley de Procedimiento Administrativo y el Decreto de 10 de

octubre de 1958. Sin embargo, en todas las materias en cuanto impliquen un conflicto entre trabajadores y empresarios, y no estén atribuidas expresa y excepcionalmente a la Administración Laboral, la solución estará atribuida a la jurisdicción de trabajo, cuya competencia proclama claramente el artículo 1 de la Ley Procesal Laboral.

Pese al tamaño que ha alcanzado la presente recensión, algo mayor de lo que es costumbre, no se han podido en ella, sino simplemente esbozar los temas tratados por el autor, dando idea de los mismos de modo telegráfico e incompleto.

No resta ya sino felicitar al autor por su libro y esperar que el año próximo nos ofrezca otra nueva obra, que será, como la presente y anteriores, un verdadero regalo para todos a quien de algún modo interesen los temas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

JOSÉ MARÍA ALVAREZ DE MIRANDA
Magistrado de Trabajo, Presidente de la Comisión
Técnica Calificadora de Cuentas

ARISTOTELES: "Política". Edición bilingüe y traducción, por Julián Marias y María Araujo. Introducción y Notas, por Julián Marias. Colección "Clásicos políticos". Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1970. LXXII págs. y 281 págs.

El Instituto de Estudios Políticos continúa su obra de divulgación cultural, con la publicación de la *POLÍTICA DE ARISTÓTELES*. Sería ridículo cualquier intento de destacar en una reseña bibliográfica la importancia de este libro. El significado que tiene y su encuadre dentro de la cultura griega, es tratado brillantemente en el prólogo de JULIÁN MARIAS.

La *Política* tiene también su mensaje para el hombre de hoy. ARISTÓTELES escribe cuando su mundo está en crisis; la "polis", asiento de la vida del griego, se disuelve en el imperio macedónico; el excepticismo ha roído las viejas creencias, la postura contestaria domina, en los modos de vestir como en los del vivir.

ARISTÓTELES añora la seguridad ("asfaleía"). Frente los remedios utópicos y también por encima de los consejos prácticos que prodiga, nos enseña que, como el arquero, antes de tirar hay que marcar bien el blanco. ¿Para qué se organiza o reorganiza la sociedad? Será el fin ("telos"), su conocida importancia, su urgencia, lo único que puede justificar el intento siempre peligroso de cambiar las leyes (págs. 49-51).

Todavía un reparo y un deseo. Los lectores de *CLÁSICOS POLÍTICOS* han de lamentar la carencia de índices. Esta falta se hace notar de modo irritante en el volumen del que se da cuenta. En la página LXIX se inserta "Esquema del contenido de la *POLÍTICA*". ¿Por qué no haberlo paginado y utilizado como índice? Es de esperar que en el futuro, el Instituto de Estudios Políticos tenga también en cuenta la comodidad de los lectores en este respecto.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: "Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales". Editorial Tecnos. Madrid, 1971. (326 págs.)

Materia tan acentuadamente técnica como la ciencia del llamado conflicto de leyes se presta bien a estudios de conjunto que, sin la pretensión de constituir exposiciones exhaustivas, supongan algo así como un corte vertical presidido, claro es, por un criterio elegido discrecionalmente por cada autor en atención tanto a su propia concepción de la disciplina como a la selección de las cuestiones de mayor actualidad e interés humano. Ahí están los cursos, muchos de ellos excelentes, enseñados en la Academia de La Haya desde los de Maury, Ago o Lewald en los años treinta hasta los recientes de Yasseen o Van Hecke.

Una tarea análoga es la que acaba de dar a la publicidad el catedrático de Derecho internacional de la Universidad de Granada. Sin apresurarse, después de cerca de un decenio de fecundo magisterio, al frente de un equipo tan valioso como el constituido por sus colaboradores Antonio Marín, Elisa Pérez Vera y Miguel Angulo, Carrillo Salcedo expone, con el modesto título de «Introducción», una auténtica teoría general del conflicto de leyes, en la que se conjuga el pleno conocimiento de las producciones mejores y más recientes en la materia con los puntos de vista bien meditados del autor.

Piedra de toque de su postura personal ante el Derecho internacional privado es el capítulo introductivo de la obra. En él, los calificativos internacional y privado son escritos con interrogante, para insistir, por un lado, en la duplicidad de reglas y aspectos internos e internacionales en la materia y, por otra parte, para dejar abierta la posibilidad de aplicación o toma en consideración por los tribunales de un Estado de ciertas leyes extranjeras de Derecho público. El tema es extraordinariamente sugerente, pero nada fácil: mientras la obra glosada estaba en la imprenta, el profesor Lalive, ponente de la Comisión del Instituto de Derecho internacional sobre la cuestión, daba a conocer en Zagreb la compleja problemática que abarca y que hará arduo su estudio a fondo. Para él, un elemento valioso ha de ser la recogida de materiales en diferentes Estados, aspecto en el que la aportación de Carrillo Salcedo es de primer orden. En cambio, resulta algo dudoso que la clave de la solución se encuentre en la tesis de Mann —que Carrillo recoge— de que lo inaceptable para un tribunal es acoger una pretensión emanada de la soberanía de un Estado extranjero. Seguramente es así, pero el concepto es tan elástico que una interpretación amplia del mismo equivaldría a la tesis que se rechaza, mientras una interpretación estricta posiblemente dejase fuera de ella a supuestos en los que tampoco un tribunal aplicaría o tomaría en consideración leyes extranjeras.

Despejado así su camino, el autor considera que la función del Derecho internacional privado es la regulación del tráfico jurídico internacional, ya que lo que verdaderamente le caracteriza como privado es regular la vida internacional de las personas, tanto cuando esta regulación lleva a aplicar el Derecho extranjero como cuando no hace más que suscitar una complicación en la aplicación del propio Derecho, amplitud de concepción que da entrada en la disciplina a las cuestiones de competencia judicial internacional y de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, y hasta a la nacionalidad y condición del extranjero. Pero la

distinción entre el tráfico externo del interno tiene, al parecer algo de subjetiva y, para precisarla, acude el profesor Carrillo a sentencias recientes de nuestro Tribunal Supremo, con un agudo —aunque, haya que reconocerlo, también sujeto a cierto riesgo— criterio hermenéutico: fijarse no sólo en lo que los jueces dicen en su sentencia, sino también en lo que hacen, buscando la auténtica *ratio decidendi* en sentencias cuya motivación pueda parecer algo extraña o criticable, análisis que permite al autor concluir que la diferenciación es realmente objetiva: la presencia de elementos extranjeros en una relación es una presunción de que ésta pertenece al tráfico externo, pero la presunción puede ceder ante la prueba de que el elemento extranjero posee un carácter accidental, calificación para lo que no hay otra solución que la de dejar a los tribunales un margen de apreciación discrecional.

Pasa revista el autor a las concepciones universalista y nacionalista del Derecho internacional privado, para señalar los errores y exageraciones en que se ha incurrido desde ambos puntos de vista. De un lado, el orden estatal no posee una plenitud de competencia en la materia que le permita hacer exclusiva la aplicación de su *lex fori*, como prueba el diferente trato dado a los conflictos de leyes y a las cuestiones de competencia judicial internacional, pero al Estado incumbe organizar la reglamentación del tráfico jurídico externo, si bien con ciertas obligaciones y con sujeción a directrices internacionales, aunque éstas adolezcan de la imprecisión, señalada por Van Hecke, derivada de la inexistencia de una regla que imponga límites precisos a la aplicación por cada Estado de sus propias leyes. La función del Derecho internacional privado consistirá, por tanto, en el señalamiento de estos límites. Al marcarlos, el Estado debe velar por la homogeneidad de su orden jurídico, exigencia no idéntica a la de salvaguardar los intereses políticos estatales, muy subrayados en algún sector de la doctrina actual.

En su misión reglamentadora del tráfico privado internacional, el Estado usa diferentes métodos: el más típico es el llamado por el profesor Carrillo «de atribución», el mismo que otros autores llaman indirecto, por medio de normas de conflicto, que no ofrecen la solución material a cada caso, sino que indican, mediante puntos de conexión, el ordenamiento material en que aquella solución ha de buscarse. Pero no se trata de un método excluyente de otros: existen reglas que se limitan a determinar el ámbito de aplicación el propio ordenamiento jurídico y otras de contenido material que rigen directamente las relaciones privadas internacionales, todo lo cual conduce a un pluralismo de métodos, entre los que puede existir una relación de complementariedad.

El autor analiza a continuación las llamadas por Francescakis reglas de aplicación inmediata, con un esfuerzo para diferenciar dos categorías muchas veces confundidas: las leyes de policía y de seguridad y las llamadas de orden público aunque ambas puedan caracterizarse conjuntamente en cuanto reglas de derecho interno de aplicación necesaria, reconocidas por el Tribunal Internacional de Justicia en su famosa sentencia de 1958 sobre la tutela de una menor holandesa en Suecia. Observa finalmente Carrillo en el ámbito de aplicación de estas reglas se ha extendido de manera insospechada como consecuencia de la penetración de la acción interventora del Estado en materias tradicionalmente encuadradas en el

Derecho privado, lo que plantea, una vez más, el problema de los límites internacionales del Estado en su regulación del tráfico privado externo.

Respecto de las reglas materiales, recoge el autor de su colaboradora Elisa Pérez Vera la distinción según que estén inspiradas en un interés interno o internacional. De inspiración nacional son las reglas que tienden a proyectar sus propias categorías a la reglamentación específica que se establece, mientras las de inspiración internacional tienden a armonizar sus propias soluciones con las de otros sistemas jurídicos, para la consecución de un sistema de Derecho internacional privado dotado de cierto grado de homogeneidad, aspecto en que ciertos Convenios de Ginebra y de La Haya ofrecen un excelente campo de estudio. No es aventurado predecir, por otra parte, que las normas materiales de Derecho internacional privado han de ganar en volumen y relevancia: con su buena información habitual, el profesor Carrillo esquematiza los esfuerzos realizados desde la creación de la U. N. C. I. T. R. A. L. en 1956 y la corriente doctrinal, tan ligada a aquellos esfuerzos, para defender la sustantividad de un nuevo *ius mercatorum* compuesto por reglas materiales internacionales.

Si nos detenemos en la exposición, más clásica, de las reglas de conflicto, en la que, como es natural, el mérito del autor no puede estar en la originalidad sino en la excelente y clara sistematización, Carrillo insiste en la relevancia del Derecho del foro en la organización del tráfico externo, criticando el planteamiento tradicional del método «de atribución», con referencia al papel desempeñado por los otros tipos de normas estudiados, para plantear el problema como de política legislativa interna, y no como supuesto conflicto, de elección de ley aplicable. En tal política pueden pesar diferentes criterios, unos inspirados en la idea de justicia y otros en la valoración de los intereses en presencia. Ello conduce al examen de las diferentes conexiones posibles, territoriales y personales, aspecto el último en el que se abre paso una conexión antes poco en uso, la de la residencia habitual.

En opinión del autor, no ha perdido su valor el principio savignyano de sujetar cada relación al Derecho más conforme con su intrínseca naturaleza, pese a la vaguedad que en algunos casos reviste su aplicación, pero tiene que combinarse con otros, entre los cuales ocupa lugar preponderante, desde el magistral análisis de Wengler, el de la armonía internacional de soluciones, que ha permitido una revisión del problema del reenvío, así como su acercamiento a otros como el llamado de la cuestión preliminar —*Vorfrage*, en la terminología alemana—, en el que más claramente se encuentra en oposición el citado principio con el de la armonía de soluciones internas. La solución para el autor, de acuerdo con su maestro Aguilar Navarro, puede encontrarse en el grado de intensidad con que cada relación privada se halla en conexión con el ordenamiento del foro. Los ejemplos extraídos por Carrillo de la jurisprudencia española nos hace temer que la conexión interna predomine siempre o casi siempre a los ojos de los tribunales, mientras una regla expresa de conflicto no atribuya prioridad a la validez del negocio celebrado conforme a la ley del lugar de su conclusión, eufemismo con que la doctrina actual trata de renovar la vieja tesis, para muchos burguesa y reaccionaria, del respeto a los derechos adquiridos en el extranjero.

Sigue el autor con la exposición de la relevancia del Derecho del foro en otros aspectos, tales como la solución del problema de las calificaciones o en el

manejo de la excepción del fraude a la ley, que Carrillo, siempre comprensivo con los tribunales, no considera el *insensato ricorso* de que habló Quadri, y de la clásica de orden público, para venir a parar en la competencia residual del Derecho del foro en los casos de impracticabilidad de la regla de conflicto. Toda la exposición aparece centrada, y ello nos parece su mayor valor, en la jurisprudencia española, seguramente, más inspirada que otras, aunque muchas veces de manera subconsciente, en la preocupación por mantener la homogeneidad del propio ordenamiento jurídico.

Así llega el autor a preguntarse por la naturaleza del Derecho extranjero reclamado por la regla de conflicto, en exposición que desborda el marco acostumbrado de la discusión acerca de la naturaleza fáctica o jurídica de las reglas extranjeras reclamadas, para adentrarse en la ardua cuestión de la adaptación entre aquellas normas y las materiales del Derecho del foro. En el primer aspecto, Carrillo, de acuerdo con Dölle y Aguilar, entiende que el Derecho extranjero ni es un hecho ni deja de aplicarse con algunos matices diferenciales respecto al Derecho nacional: acaso, sea demasiado optimista la referencia que hace a la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 4 de junio de 1962, favorable a la admisión del recurso de casación por infracción de Derecho extranjero en las mismas condiciones que si se tratase de Derecho nacional, puesto que esta declaración, que no sirvió más que para denegar la casación pretendida por otra vía, contradice toda la jurisprudencia anterior y no ha sido confirmada por la posterior.

La adaptación entre el Derecho del foro y el extranjero se manifiesta, en primer lugar, en el problema de la calificación. Aquí el autor se mueve, como es inevitable dada la pobreza de nuestra jurisprudencia al respecto, en un terreno *de lege ferenda*, en el que se reconoce la dificultad de poner en práctica un sistema de calificación autónoma, pero la necesidad de no desnaturalizar la *lex causae* le lleva a prenonizar cierto grado de autonomía en aquella labor de adaptación, mediante la búsqueda de nociones en el ordenamiento del foro equivalentes en su función a la ley extranjera, con las dos fases, señaladas por Batiffol, de análisis en función del sistema de conceptos del Derecho extranjero y de encuadramiento del resultado en el Derecho del foro. En definitiva, se trata no sólo de un ensanchamiento de los conceptos de nuestro propio ordenamiento jurídico, sino una investigación de equivalencias que produzca un mejor conocimiento de nuestras instituciones desde el punto de vista de su aspecto teleológico y de su coordinación con otros sistemas jurídicos con los que se debe actuar en común.

Otro campo para la adaptación es el de la excepción de orden público, ante el cual nuestro Tribunal Supremo ha seguido un criterio tan monolítico que Carrillo Salcedo, siempre tan benévolo con sus fallos, no ha podido por menos de hablar de «la dureza nacionalista y el desafortunado lenguaje» de uno de ellos, el de 12 de mayo de 1944, calificativos aplicados también a otra sentencia más reciente, la de 5 de abril de 1966, con criterio alguna otra vez mitigado, sobre todo en Resoluciones de los últimos años de la Dirección General de los Registros.

Cierra la obra del profesor Carrillo un Epílogo en el que aclara explícitamente su postura personal ante el Derecho internacional privado. Hay que arrancar —dice— del hecho de la existencia de un mundo surpranacional de relaciones y situaciones humanas que no son estrictamente nacionales. No se trata de afirmar que el Derecho internacional privado forme parte del público, sino de poner

de relieve los objetivos supranacionales de la disciplina, cara a una realidad progresivamente internacionalizada. No se puede prescindir de la realidad previa de una sociedad internacional, en la que el Derecho internacional privado constituye expresión jurídica del deber de los Estados de cooperar mutuamente, pero sin olvidar tampoco los sistemas jurídicos nacionales, con sus particularismos y diferencias. No caben unos principios abstractos de validez universal ni la mera prolongación del Derecho interno al plano internacional. El drama del Derecho internacional privado radica en cumplir una función supranacional con medios casi exclusivamente internos, aunque existan fuentes internacionales, cuyo desarrollo constituye una de las notas esenciales del desarrollo del presente y del futuro de la disciplina.

El planteamiento tradicional, «conflictual», ya no puede ser sostenido. Ante la pluralidad de métodos y tipos de normas, hay que preguntarse, por este orden:

- 1) Si el supuesto de hecho con elementos extranjeros está previsto en reglas de aplicación necesaria y, caso afirmativo, en qué medida;
- 2) Si hay normas materiales internas o internacionales que rijan el supuesto, caso de respuesta negativa a la interrogante anterior, y
- 3) Utilización, fuera de las hipótesis anteriores, de las reglas de conflicto.

El método que reduce la solución de las cuestiones de elección de ley a la utilización de las últimas reglas ha sido objeto de crítica desde ángulos visuales muy diversos, críticas que el autor no considera siempre fundadas, ya que, en definitivas, las reglas de conflicto tienden a la realización del valor justicia, aunque con motivaciones específicas, a una realización de la justicia, en el ámbito del Derecho internacional privado, en cuanto se trata de la localización de los supuestos del tráfico privado externo dentro del ordenamiento más idóneo para regirlos.

* * *

Esquematizado el contenido de la obra del profesor Carrillo Salcedo, cualquier crítica al mismo tiene que dar comienzo por la constancia de un hecho: la confirmación en este libro de la plena madurez de un maestro universitario. No hace demasiados años —doce o trece— Juan Antonio Carrillo, recién licenciado en la Universidad de Sevilla, donde aprendió enseñanzas e inquietudes del profesor Aguilar Navarro, fue presentado a quien redacta esta glosa por un inolvidable amigo y colega al que poco después perderíamos para siempre, Fernando Arias Parga, excelente psicólogo, quien ya entonces predijo la gran esperanza que suponía aquel mozo andaluz. Después, numerosas publicaciones, el Diploma *cum Laude* en la Academia de La Haya y la cátedra por unanimidad en su primera oposición fueron otros tantos jalones de una carrera universitaria tan sólida como rápida, continuada en Granada con la creación del equipo de estudiosos antes mencionado.

Solamente un jurista en plena madurez puede llevar a buen término lo que ahora ha hecho Carrillo en el libro que tenemos a la vista: selección acertada de temas, hábil sistematización, juicio sereno lejos de toda postura extrema, claridad expositiva y limpio lenguaje. Si a todo ello se une la información de primera mano y cuidadosamente elegida que revela su obra, bien se comprenderá la sinceridad del elogio que Carrillo Salcedo merece por haberla escrito.

Como las materias tratadas son de las que Dios ha dejado a las disputas de los hombres, es natural que, sin mengua de los mercados piácomes al autor, el crítico intente dejar a salvo su postura personal con ciertas reservas. En este caso, han de ser necesariamente pocas e intrascendentes, habida cuenta de que autor y crítico se mueve en un mundo común de convicciones y de que en su labor profesional se inspiran en fuentes muy análogas, si no iguales. Tan sólo dos reparos, siquiera sea para disipar del pensamiento de algún lector malicioso la idea de que estas líneas se han reducido al manejo del incensarios, por muy merecido que sea en este caso.

La primera salvedad, en tono menor, es terminológica: ¿Por qué el neologismo de «reglas de atribución»? No parecía necesario, y dadas las diferentes acepciones del verbo atribuir y de los sustantivos con él emparentados, pudiera dar lugar a mayores dificultades de comprensión, sin excluir algún equívomo, que la designación habitual de normas de conflicto o indirectas.

La otra salvedad es de más fondo, y se refiere al afán del autor en investigar lo que «hacen» los jueces, además de analizar lo que «dicen» en sus fallos. En principio, está bien cualquier aportación para el mejor conocimiento de nuestra jurisprudencia. Pero no cabe olvidar que la preocupación esencial de nuestros magistrados, y es de suponer que la de sus colegas de otros países, es la de hacer justicia, la de dar a cada uno lo suyo, aunque en cosaiones haya que forzar: un tanto la técnica jurídica para alcanzar este resultado. En cuestiones meramente internas, no hay que temer que la desviación técnica se convierta en error grosero. Otra cosa es en los asuntos implicados en el tráfico jurídico internacional, en los que el olvido de intereses internacionales puede hacer en muchos casos que en la mente del juzgador la única solución concebible como justa sea la consagrada en nuestros cuerpos legales, y varias de las sentencias estudiadas por Carrillo demuestran que no se trata de una hipótesis de realización excepcional. En este caso, si a la solución de fondo, recusable por su unilateralidad en inspirarse en intereses nacionales sin tomar en cuenta objetivos de carácter internacional, se une la deficiencia técnica, revelada en lo que las sentencias «dice», resulta algo extremada la benevolencia del autor y, acaso, un poco peligrosa en un profesor cuyo: alumnos pueden ser los jueces de un mañana muy próximo, aunque el riesgo se atenúe considerablemente para los que hayan sabido asimilar el espíritu internacional que late en las páginas del libro cuya glosa terminamos que es uno de los mayores méritos de la misma.

ADOLFO MIAJA DE LA MUELA

COCCOPALMERIO, Domenico: "La teoria politica di Marx. Analisi critica Sello Stato "borghese" negli scritti giovanile". Milano. Datt. A. Giuffré editore, 1970. 314 págs.

Los escritos de la juventud de MARX han sido objeto de muchos estudios y han dado lugar a importantes discusiones teóricas y políticas. El libro de COCCOPALMERIO, dedicado a la reconstrucción del pensamiento político de MARX antes de que formulase su teoría del materialismo histórico, tiene interés

general; porque, a la vez, trata de exponer cuál sea también la concepción de MARX sobre "la estructura ontológica del Derecho positivo" (pág. 53). Tarea ésta difícil, en cuanto a la misma exégesis de los escritos de MARX, a la armonización de sus afirmaciones y también por la carga política de la cuestión del "humanismo" de MARX. COCCOPALMERIO expone su interpretación de modo personal, con claridad y prudencia. No deja de contener apreciaciones discutibles, las que, sin duda, serán objeto del análisis crítico de los especialistas sobre marxismo.

Se recordará la crítica de KELSEN a la teoría política de MARX, a la que aquél tacha de yusnaturalista, moralista y axiológica. COCCOPALMERIO rechaza la censura, observando que sólo sería válida si se aceptan previamente los postulados de "la teoría pura del Derecho" (pág. 165, n. 4); pero, parece admitir las conclusiones de KELSEN, al recoger y estudiar las referencias de MARX a los valores extrapositivos contenidos en sus obras de juventud.

"La crítica sin prejuicios de todo lo existente", de la sociedad y del Estado liberal-burgués, se hace por MARX partiendo del análisis de las modalidades "ontológicas del hombre, de la sociedad y del Estado" (pág. 38). Junto al "valor opcional" de la emancipación del proletariado, se tienen en cuenta "los valores racionales"; los que entiende son negados por la estructura social burguesa. Esta, rompe la unidad esencial del "ciudadano real", al que ella descompone en ente privado (egoísmo) y miembro del Estado (abstracción) (pág. 113). Se reconocen los derechos naturales de libertad, igualdad, propiedad y seguridad; pero sólo formalmente, en cuanto su contenido queda abandonado a la sociedad civil (pág. 115). Con ello, su admitida universalidad está "en contradicción" con la práctica imposibilidad de su general ejercicio (pág. 142); y las desigualdades sociales de hecho, hacen que los derechos naturales sean "una mentira legal" (págs. 142, 144). Los que carecen de propiedad no pueden ejercitar sus derechos naturales; pues la propiedad es condición para el ejercicio de la libertad, es la condición para que el individuo pueda vivir como ser social (págs. 146, 147).

Lo que hace que COCCOPALMERIO observe que MARX "reafirma aquello que se ha creído que había negado, esto es, el derecho de propiedad" (págs. 147, 284)

El legislador ha de ser un naturalista ("Naturforscher"); no ha de crear, sino describir las leyes (pág. 29). Tendrá en cuenta valores opcionales, materia histórica y sociológica, pero también "los valores racionales"; los que —según la interpretación de nuestro autor— parece han de estar por encima de la Historia (pág. 30). La ley positiva no es más que "la ley natural de la libertad hecha consciente, universal, obligatoria" (pág. 242); de modo, que la ley positiva es, a la vez, "norma normanna" y "norma normata"; para que ella deba ser respetada, ha de respetar la naturaleza humana (pág. 243).

Dos aplicaciones prácticas de la concepción jurídica de MARX se analizan; las referentes a su crítica respecto a la legislación de prensa y sobre el hurto de leña.

En la libertad, el hombre tiene su dignidad, porque la libertad misma es "la aristocracia eterna de la naturaleza humana"; de modo, que cualquier limitación o negación total o parcial de alguna libertad (de prensa, conciencia,

oficio, comercio) es una violación de la libertad, en cuanto a tal esfera de aplicación (pág. 236).

El hurto de leña, le da ocasión a MARX para criticar la desproporción entre lo hecho y la pena. Censura la igualdad propuesta entre el robo de leña verde (que supone cortada del árbol), el hurto de leña cortada (por o para el dueño del árbol) y el coger la leña caída naturalmente del árbol (pág. 251). Tanto más, cuanto que el recoger la leña caída era considerado permitido por Derecho consuetudinario. Derecho que estima "anticipación del Derecho legislativo" (pág. 261-262).

Todavía, COCCOPALMERIO se ocupa del delicado problema relativo a "humanismo y terror", o consideración del condicionamiento mutuo de los "valores racionales" y la revolución (pág. 298). En este respecto, nos dice: "El socialismo marxista, contrariamente a lo que se piensa, es una *reafirmación de la dignidad racional y social de la persona o individuo humano como trabajador*" (pág. 300). "El unanimismo (propio de la dictadura proletaria), en conclusión, deviene la máscara ideológica y la "praxis", en realidad totalitaria, de una proclamada pero ficticia participación popular en el poder, porque allí donde hay falta de disenso o donde el disenso no se acepta libremente y es democráticamente regulado, no puede dejar de haber, al menos a largo plazo, carencia de consentimiento" (pág. 308).

R.

DE LA VEGA BENAYAS, Carlos: "Introducción al Derecho judicial". (Contribución y homenaje al Centenario de la Ley Orgánica del Poder judicial de 1870.) Editorial Montecorvo.—Madrid 1970. 270 páginas.

Las ya importantes aportaciones bibliográficas en materia de la creación judicial del Derecho, se ven considerablemente incrementadas con la presente obra del Magistrado señor de la Vega Benayas. En efecto, bajo el título *Introducción al Derecho Judicial*, presenta el autor un completo y trabado estudio de las distintas facetas que presenta el quehacer judicial y en el que se aprecian, junto a una considerable aportación doctrinal, una depurada técnica, consecuente, a la cotidiana experiencia de tareas judiciales.

Con ambos elementos logra el autor por vía de una acertada inducción lógica una apretada síntesis doctrinal de una extensa experiencia vital, digna del mayor elogio y de la que seleccionamos como más significativos los siguientes textos. En efecto, tras de fijar los presupuestos históricos y doctrinales del Derecho Judicial, en donde examina con rigor crítico las tesis de Goldschmidt, Esser, y Alvaro D'Ors, como la más notoria en la doctrina española; define el Derecho judicial como el resultado del juicio judicial, sea cualquiera la norma que se aplique como factor del juicio, y en cuyo sentido son también, directa o de modo consiguiente, normas de Derecho judicial. De donde resulta que todas las normas son Derecho judicial en potencia, y que el Derecho judicial es el que

potencia en verdad, a todas las normas. Por eso la experiencia judicial es la experiencia jurídica por excelencia. Pues si las normas constituyen mandato o permisión —o regla de conducta— es claro que su realización plena y definitiva no puede ser cumplida más que por quien tiene poder para decirlo y ejecutar, por ostentar el justo monopolio del elemento coactivo de la norma (página 61).

Frente a una opinión generalizada que limita el contenido estricto del Derecho judicial a la cuestión referente a la creación judicial del derecho y la jurisprudencia, el autor afirma que el contenido del Derecho judicial, abarca el estudio del hombre en cuanto Juez, de las normas y su originación (Fuentes) y del método de realización del derecho (Juez, hecho norma, o técnica operatoria del juicio judicial); siendo este el contenido de la presente obra, articulado con sencillo y acertado criterio sistemático; sin embargo, se ocupa también de los temas antes aludidos de la creación judicial del Derecho y de la jurisprudencia, en donde se contienen aportaciones conceptuales y precisiones ideológicas dignas de atención, considerando a ambos temas como aspectos o facetas de una unidad esencial.

El capítulo tercero lo dedica al estudio de la creación judicial del derecho o estudio de la función específica del Juez, genuina aportación de su labor en la aplicación, recreación, creación o realización del derecho (pág. 67).

Posiblemente la justificación existencial del libro que comentamos esté en las siguientes palabras del autor: "El que el Juez haya creado el derecho que aplicaba en determinadas épocas está fuera de duda. El que lo haga hoy está en discusión" (pág. 71). A esclarecer esta cuestión dedica el autor su preferente atención, ofreciendo una abundante serie de argumentaciones, de variada naturaleza, que posteriormente sintetiza en una serie de conclusiones.

La jurisprudencia es el contenido del capítulo IV, ocupándose, como cuestión previa, de la relativa a su consideración como fuente del Derecho, realizando un completo análisis doctrinal sobre el particular, con mención concreta de las distintas opiniones de los autores sobre el mismo, sobresaliendo la síntesis del pensamiento del Profesor Castro, llegando, asimismo, a una serie de conclusiones, de entre las que merece especial mención, la que articula en el sentido de que en el orden jurídico positivo —Ley, costumbre, principios generales del derecho— la Jurisprudencia, al revertir sobre ella la función interpretativa y realizadora de la Ley, y la más genuina de aflorar a la vida jurídica la costumbre y el principio de Derecho, aparece "como si" fuera tal fuente de Derecho (pág. 137). La jurisprudencia es fuente real de derecho: La realidad de la vida jurídica y judicial así lo demuestra. No sólo de normas particulares, sino generales, implícitas en el valor del precedente que todo jurista y Juez tiene en cuenta. En este sentido es fuente viva y, en cuanto progresiva, factor que contribuye a la permanencia del derecho en su cambio vital (pág. 137).

La jurisprudencia no es la conducta del Tribunal Supremo, sino el contenido —doctrina legal— resultado de una conducta jurídica, es decir, orientada por el total orden jurídico mezcla de ciencia y voluntad de justicia (pág. 140).

La importancia de la función creadora de la Jurisprudencia no reside en un pretendido valor jurídico vinculante de fuerza análoga al de las restantes fuentes jurídicas. Su función creadora estriba en el juicio de valor singular que intro-

duce en la realidad, así como en el significado y valor real de las normas generales; esta correlación entre el juicio de valor insito en la norma general y el realizado por la Sentencia, que supone una experiencia enriquecedora del sentido y alcance de la primera, a la vez que un conocimiento de un aspecto de la realidad jurídica inédita hasta el momento en que se produce el juicio, es la que ha de ser integrada en la perspectiva del conocimiento científico, si se quiere hacer más fecunda la actitud metodológica de la ciencia del Derecho, ya que su finalidad en la explicación sistemática de la realidad jurídica. La Jurisprudencia es un dato y un supuesto de esta realidad. Así lo entiende hoy la ciencia del derecho (pág. 151).

El capítulo V titulado "El Hombre como factor del Derecho Judicial" en él hace un estudio de la consideración del hombre como factor conexivo en la formación y creación del Derecho (pág. 155). En el hombre confluye, como dos líneas de fuerza, el hecho y la norma. Y en el Derecho judicial, lógicamente en el Juez. Este puede ser considerado en sí mismo como individuo personalizado; en la relación norma-Juez, o en la interferencia Juez-Hecho. Se puede hablar así haciéndolo con la oportuna extensión del Juez y la Constitución: del Juez y la psicología y de la perspectiva sociológica del Juez, a los que dedica sendos apartados de este interesante trabajo (pág. 156).

La aportación más interesante de la obra que comentamos está constituida sin duda por el contenido del capítulo VI titulado: "Juez, hecho, norma. (Arte y técnica operatoria del Juicio)". Constituye la exposición de la compleja operación que va del hecho bruto y primario al fallo judicial (pág. 190). Este análisis es un "posterius" una reconstrucción del fenómeno judicial, que en la realidad opera de modo sistemático y sin que la mente judicial ponga en cuestión cada paso, formalmente entendido, y que más que paso son conjunciones y encrucijadas de caminos, sobre todo en la parte interpretativa de hecho y de Derecho (pág. 190).

Piénsese en la largura del camino: del hecho bruto o del acto primario, a su aportación y consiguiente interpretación por la parte. De aquí a su prueba como carga procesal de parte. Sigue la interpretación y fijación judicial del hecho o acto y luego la investigación e interpretación por el Juez del Derecho aplicable, mejor dicho, de las normas, con la subsiguiente operación, de subsumir el hecho fijado en éstas, mediante el empleo de la lógica judicial que no es siempre, aunque lo sea en muchos casos la lógica formal, pese a su apariencia (pág. 190). A cada una de estas operaciones dedica un apartado de los que integran el contenido de este capítulo haciendo una serie de atinadas observaciones, reivindicadoras de la trascendencia de la función judicial, y de la importancia doctrinal y práctica del Derecho judicial.

Precisas citas bibliográficas y abundantes notas completan el texto.

En síntesis, una obra digna del mayor elogio tanto por la realización plena de su ambicioso propósito como por las orientaciones prácticas de que dimana para los profesionales forenses.

IGLESIAS PRADA, J. L.: "Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima". Prólogo del profesor Aurelio Menéndez. Editorial Tecnos, S. A.—Madrid 1971. Un volumen de 420 páginas.

Estamos ante un estudio monográfico de investigación y documentación de uno de los aspectos fundamentales de la sociedad anónima, como es el del examen del estatuto jurídico de los órganos delegados, quienes con tanta frecuencia asumen posiciones de máxima responsabilidad en la administración social y en la dirección de la empresa. El estudio, llevado a cabo con esmero y éxito por el profesor Iglesias Prada, responde a su sólida formación dentro de una escuela como es la del joven e infatigable maestro universitario que prologa su obra; también fuimos testigos de su presencia en las Universidades europeas, en aquellos años de su tarea inicial y de ampliación de perspectivas. Todo este cúmulo de enseñanzas viene ahora a reflejarse en su obra, en su método expositivo y de derecho comparado, pulsado en sus propias fuentes, por lo que avalan su experiencia, su información y sus posiciones críticas e interpretativas.

La materia de estudio en torno a la administración y delegación de facultades en la sociedad anónima viene dividida en tres partes fundamentales. La primera, es dedicada a la actividad administradora en la sociedad anónima; la segunda, comprende la estructura dinámica de la delegación de facultades en el Derecho español; y, la tercera, a la estructura estática de dicha delegación de facultades.

En la primera parte el autor se enfrenta con el paso que se da históricamente desde el empresario individual al empresario social, con el nacimiento de la sociedad anónima y, sobre todo, de su evolución posterior y actual. Destaca las transformaciones que se producen en el ámbito de la administración social con la aparición de la empresa y sus cuerpos de dirección, la contemplación de la crisis en los fundamentos del poder en el seno de la sociedad y de la empresa, y, las repercusiones que ello produce en las estructuras de su administración. La organización de la actividad administradora en el Derecho comparado es objeto de estudio principalmente para el Derecho alemán, francés, italiano, suizo y belga, sin olvidar el Derecho anglosajón. Esta primera parte de la obra se concluye con el examen de la organización de la actividad administradora en el Derecho español.

En su segunda parte, correspondiente a la estructura dinámica de la delegación de facultades según el Derecho español, se abordan los momentos de constitución de los órganos delegados y la designación de sus titulares, se analiza la extensión y la delimitación de las facultades delegadas, la extinción de la relación jurídica personal de los titulares del órgano, las relaciones internas (con la sociedad, con el órgano delegante, las relaciones interorgánicas y la subdelegación), las relaciones externas y el régimen de responsabilidad.

Por último, en la tercera parte, referida a la estructura estática de la delegación de facultades, se expone una construcción dogmática de dichas delegaciones, destacando su carácter orgánico y la diferenciación que debe hacerse con otras figuras (administrador único, gerencia de empresa, comisiones directivas y asesoras) para concluir sobre la naturaleza jurídica del proceso de formación del órgano delegado, configurándolo como un negocio jurídico de for-

manación sucesiva, así como la designación de sus titulares resuelta por la vía del negocio unilateral.

En esta obra tenemos que destacar una enseñanza para el civilista y es el ver cómo existen actualmente una variedad de figuras y formas de gestión de la empresa al márgen de la estructura orgánica de la sociedad, ya que por no tener un tratamiento positivo específico siguen amparándose en las figuras clásicas del mandato o el arrendamiento de servicios, inadecuados e insuficientes para los fines a que actualmente se le imponen.

Por el sólo enunciado de las materias tratadas, el lector podrá darse cuenta del haz de cuestiones planteadas para el ordenamiento positivo y el convencional, así como en el ámbito de las decisiones jurisprudenciales, que el profesor Iglesias Prada examina con resuelto espíritu crítico y capacidad de sistematización. Tanto los teóricos, como los prácticos tendrán en esta monografía un planteamiento y una respuesta válida a sus interrogantes más fundamentales, y a la actual problemática, por lo que pone en sus manos una buena guía y el mejor consejero.

JOSÉ BONET CORREA

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: "Derecho de Sucesiones. I. Parte General. Sucesión voluntaria". Barcelona. Bosch 1971.

La obra que comentamos ha sido escrita —como se señala al comienzo de la misma— por el profesor Lacruz Berdejo, que ha contado con la valiosa colaboración del también profesor Sancho Rebullida en la redacción de los epígrafes 25 al 31. La sola indicación de los nombres de ambos profesores constituye ya una garantía de solvencia científica. Ambos forman parte de esa generación de civilistas que están renovando la disciplina del "ius civile vetus" en nuestro país. Por ello, la nueva obra se recibe con un interés que su progresiva lectura va acrecentando.

La obra está integrada por dos partes perfectamente diferenciadas: La parte general del Derecho de sucesiones y la sucesión voluntaria. La primera de ellas había sido ya objeto de una publicación aparecida en el año 1961 también en la Editorial Bosch y constituyendo el tomo V, vol. 1.º del Tratado Teórico-práctico de Derecho civil. Ello justifica que nuestro comentario se dedique fundamentalmente a la segunda parte; sin embargo, es conveniente hacer algunas indicaciones respecto de la primera.

Entre la primera versión de la parte general y esta segunda existen algunas diferencias, si bien las materias tratadas, como no podía ser menos, son sustancialmente las mismas. La diferencia fundamental puede decirse que consiste en que la versión originaria se concibió para formar parte de un Tratado de Derecho civil, mientras que la que ahora comentamos parece haberse concebido como un "Manual". Se hace tal afirmación teniendo plena conciencia de que si el deslinde entre un tratado y un manual es, en muchas ocasiones, difícil, en el presente caso las dificultades son máximas. En efecto, si bien

existen indicios de que así es, tal, por ejemplo, el que la extensión de tal "parte general" sea en la versión actual inferior a la anterior y que se haya prescindido de las indicaciones bibliográficas que encabezaban cada uno de los epígrafes en la primera versión. Sin embargo, la profundidad con que se tratan los temas, así como la puesta al día, a la última hora podría decirse, de los mismos, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, parecen apuntar contra los indicios señalados. Esa puesta al día se manifiesta a lo largo de toda la obra, ya que en ella aparecen citadas sentencias de fecha muy reciente, recogándose, por tanto las últimas orientaciones de nuestra jurisprudencia. Pero no se recogen sólo las últimas orientaciones, tanto jurisprudenciales como doctrinales, sino que además se analizan y enjuician con profundidad; surgiendo así un pensamiento nuevo y vigoroso. Como ejemplo de estas afirmaciones puede citarse, entre otros, el análisis que se hace de la interesante tesis de Peña y Bernaldo de Quirós ("La herencia y las deudas del causante. Madrid, 1967), sobre la persistencia del patrimonio hereditario y su diferenciación del patrimonio personal del heredero. Dicha tesis se expone con detalle y a continuación se añaden una serie de precisiones, partiendo de la idea de que no cabe oponer, sin más, la confusión a la separación de patrimonios.

La segunda parte del libro que comentamos, desde el capítulo VIII hasta el XV, se dedica al estudio de la problemática de la sucesión voluntaria. Comienza analizando las disposiciones a causa de muerte, fijando el concepto de negocio "mortis causa". A continuación se estudia la estructura, contenido y forma del testamento, analizándose las particulares formas testamentarias. Los capítulos XI y XII tratan de las disposiciones de última voluntad, estudiándose en el primero de ellos la problemática general de tales disposiciones (vicios, interpretación, invalidez, etc.), y en el segundo, los singulares tipos de disposición (institución de heredero, legados y disposiciones sin atribución patrimonial directa). Las distintas clases de sustituciones encuentran tratamiento adecuado en el capítulo XIII. Dedicándose el siguiente al estudio de las formas de disponer distintas del testamento unipersonal: testamento mancomunado, disposiciones al arbitrio de tercero y contrato sucesorio. Finalmente en el último capítulo de la obra se estudia el registro de actos de última voluntad, el albaceazgo y las herencias de confianza.

No es posible aquí hacer referencia al tratamiento que se da a cada uno de los problemas referidos. Baste señalar que el propósito de dar una visión completa y profunda, a la vez que sintética de las cuestiones estudiadas, se ha conseguido plenamente. Al mismo tiempo se enfocan los problemas con realismo, se huye de las elucubraciones doctrinales cuando no arrojan luz sobre las cuestiones estudiadas y se profundiza en ellas cuando, por el contrario, son útiles para la comprensión del funcionamiento de las instituciones correspondientes. Este considerar el Derecho en su vertiente práctica de conjunto de problemas, más que en su aspecto doctrinal y teórico —tantas veces árido y tantas veces inconsecuente y, por ello, poco útil para dotar de mentalidad jurídica a los futuros juristas— hacen de este libro un instrumento útil, no sólo en manos del estudiante, sino también en las del profesional que puede encontrar en él orientaciones y criterios válidos para solucionar los problemas que se presentan en el quehacer cotidiano. Puede decirse que todo problema de interés aparece aludido.

y tratado, señalándose cuando es necesario el carácter teórico e improbable del mismo. Así sucede con el interesante problema de si el testador puede impugnar su propio testamento por vicios de la voluntad o de la declaración, como parece suceder en el caso de que hubiera perdido posteriormente la capacidad para testar, en cuyo supuesto podría estimarse que los representantes legales podrían impugnar la validez del testamento.

Conviene destacar las referencias históricas que se hacen a lo largo de todo el libro. A través de ellas se trata de exponer, de manera concisa, la evolución sufrida por las distintas instituciones en las diversas etapas históricas hasta desembocar en el Código civil. Bien entendido que la obra no olvida en ningún momento que en nuestro país existe, además del Código, el Derecho foral. Por ello, siempre que es necesario, se estudian las instituciones forales con detalle y precisión.

Para terminar, hay que poner de relieve que nos encontramos ante un libro de interés, producto de la madurez de los profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida. Madurez que se pone de manifiesto en la agilidad y soltura con que se tratan los temas más diversos, no sólo del Derecho de Sucesiones, sino también de aquellas otras materias de las diversas ramas del derecho civil que rozan con las cuestiones sucesorias especialmente analizadas. Por todo ello es un libro que no se agota en el texto, sino que se complementa y enriquece con unas jugosas notas de pie de página llenas de sugerencias y de interés.

ORENCIO-VICENTE TORRALBA SORIANO

PLATON: "Menon". Edición bilingüe. Estudio crítico, traducción y notas, por Antonio Ruiz de Elvira. Colección "Clásicos Políticos". Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1970. LVII págs. y 67 págs.

Este Diálogo es buena lectura para filósofos y no filósofos; también para los estudiosos del Derecho.

La ciencia jurídica, como la ciencia en sí misma, ha sido sometida a la prueba de fuego del preguntarse sobre la posibilidad de la ciencia, enfrentándose con la cuestión desesperante de la existencia del saber objetivo o verdad objetiva.

En el diálogo platónico, Sócrates pregunta a Menon si la virtud se logra por la enseñanza o de otro modo. Con lo que se plantea la gran interrogante. Se recuerda su planteamiento por los sofistas. ¿Es posible la investigación? No será de lo que sabe, porque respecto de ello la investigación es innecesaria. No, de lo que no se sabe, porque no se puede investigar lo que no se sabe que sea. Este mismo dilema se planteará sobre Justicia y Derecho.

Platón corta el nudo gordiano con su teoría de la reminiscencia. Cabe preguntarse, si esta respuesta no viene a coincidir con la dada por autores seguidores de la doctrina del Derecho natural. A la cuestión respecto donde se encuentra la medida de nuestra conducta, se ha contestado con la frase paulina: En la Ley que Dios mismo ha grabado en el corazón de cada hombre (Rom. 2.15).

RIVERO HERNANDEZ, Francisco: "La presunción de paternidad legítima". (Estudio de Derecho comparado y Derecho español.) Editorial Tecnos. Madrid 1971. Un volumen de 562 páginas.

Precedida de un interesante prólogo del profesor Lacruz, la obra del doctor en Derecho y juez de Primera Instancia, Rivero Hernández, viene a colmar una laguna sensible en la bibliografía española sobre el Derecho de familia. El trabajo es tanto más importante cuanto que es unánime el clamor de la doctrina española sobre la necesidad de la reforma del Código civil en materia de filiación en general y de filiación legítima en especial. Este condicionamiento necesario preside el proceso total de elaboración del estudio del autor, quien no se limita al comentario crítico y profundo del Derecho español actual, sino que busca siempre la interpretación correctora y sociológica de los textos caducos, de acuerdo con las ideas de Justicia hoy imperantes en esta materia, y con visión de futuro propugna soluciones concretas *de lege ferenda*. Esta última es la razón que explica las referencias continuas al Derecho comparado, hasta llegar a constituir un completo estudio sobre esta moderna disciplina, que preceden dentro de cada capítulo a la exégesis de nuestros textos legales. Sobre todo, los Derechos francés e italiano, como más próximos al español en materia de filiación legítima, son examinados siempre con enorme amplitud a la vista de la más moderna bibliografía sobre el tema en ambos países.

Dentro de la doctrina española, aparte, claro es, de las obras generales, los ensayos monográficos sobre filiación legítima sólo han abarcado normalmente aspectos muy específicos de la materia, mostrando una cierta predilección a examinar la cuestión concreta de la prueba, de grupos sanguíneos, siguiendo la pauta marcada por los fundamentales estudios de Castro Pérez. Se echaba en falta, como apuntábamos, un trabajo de contenido más amplio como el que ahora reseñamos. Ahora bien, la obra del Doctor Rivero no llega a constituir un tratado completo sobre filiación legítima, pues se ciñe sólo a uno de sus puntos más esenciales: la clásica presunción de paternidad legítima (y, aún dentro de ella, no se examinan, como veremos, todas sus implicaciones y consecuencias). Pero, por otra parte, en muchos casos el autor, con buen criterio y demostrando su agilidad conceptual, compara y extiende sus soluciones desde el campo de la filiación legítima al de la filiación natural o simplemente ilegítima. Esta doble circunstancia impide dar una idea general de las materias tratadas, sin descender al examen pormenorizado de los ocho grandes capítulos en que está dividido el libro.

El capítulo I, bajo el epígrafe "De la relación paterno-filial a la presunción de paternidad", sirve de introducción y encuadramiento al tema central a tratar. Especial interés tienen las consideraciones del autor sobre cuál es, o cuál debe ser, la esencia de la legitimidad, que para él estriba en el nacimiento o concepción durante el matrimonio, con la importante consecuencia de que los hijos nacidos dentro de los primeros ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, a que se refiere el artículo 110 de nuestro Código deben estimarse plenamente legítimos y no simplemente legitimados, como se ha defendido comúnmente en la doctrina española. No obstante, nos hubiera gustado más que esta conclusión del autor —que, desde luego, compartimos y que, en todo caso, exa-

mina incidentalmente— se hubiera visto fundamentada preferentemente en el examen de los textos legales y en las consecuencias prácticas injustas (por ejemplo: a efectos de impugnación de su condición) que lleva consigo la tesis de la legitimación, y no sólo en un preconcepto filosófico dado sobre la esencia de la legitimidad y en la tendencia del Derecho comparado.

Sobre esta base, trata seguidamente de los presupuestos de la filiación legítima (matrimonio de los progenitores, maternidad de la esposa, concepción o nacimiento en matrimonio) para detenerse a examinar el presupuesto clave: la paternidad del marido, propugnando la conveniencia, en cuanto a ella, de llegar a la verdad real biológica siempre que sea posible y explicando los posibles sistemas jurídicos para determinar la paternidad, que han desembocado en el actual de presunción de paternidad, presunción que lleva en sí implícita otra presunción: la de concepción *a marito*.

Este último aspecto, la presunción de concepción, es el objeto del capítulo II. Pone el autor de relieve cómo la imposibilidad de determinar el momento exacto de la concepción ha obligado a los legisladores a fijar unos plazos máximos y mínimos para la gestación que se computan en torno a la fecha cierta del nacimiento. Este sistema legal, en los Códigos más progresivos, resulta atenuado por la posibilidad de llegar a demostrar judicialmente que la gestación ha durado menos o más de lo previstos en la Ley. Tran una breve exposición histórica, explica como se llegó en el Código francés a la fijación de los plazos mínimo y máximo de 180 y de 300 días, respectivamente, que han influido en la mayoría de las legislaciones, incluida la nuestra. Es muy importante la observación de cómo este plazo de 300 días, según ha comprobado la Medicina moderna, es demasiado breve, pues la posibilidad de nacimientos tardíos es mayor de lo que se pensaba. Muchas otras cuestiones interesantes se abordan en este capítulo, como las relativas a la determinación del momento del nacimiento, el cómputo de los plazos, la divisibilidad del período legal de concepción y la eficacia absoluta, en nuestro Derecho, de la presunción de concepción. En cuanto a este último punto, si bien el autor no pierde de vista, como es natural, lo dispuesto por el artículo 111 del Código civil, estimo que ni recalca suficientemente su originalidad frente al Derecho francés y todas sus posibilidades para tomarlo como base en una interpretación correctiva de nuestro sistema legal. El capítulo termina con una muy interesante referencia a la aplicación de esta presunción de concepción en el campo de la filiación legítima.

La presunción directa de paternidad, en su desenvolvimiento histórico, constituye el contenido del capítulo III, lo mismo que, desde el punto de vista de su fundamento y de su naturaleza jurídica, de los capítulos IV y V. Especialmente en estos dos capítulos el despliegue doctrinal y bibliográfico que maneja el autor es encomiable. Y no sólo se examinan minuciosamente todas las teorías propuestas sobre el fundamento y naturaleza de la presunción "pater is est", sino que el Dr. Rivero expone con vigor y originalidad sus propias ideas sobre la cuestión. Así, en cuanto al fundamento desarrolla brillantemente su teoría de "la cohabitación causal" (la ley supone que ha habido cohabitación entre los cónyuges y que esta cohabitación ha sido fecunda), aplicando, con éxito, sus conclusiones al caso del artículo 110 del Código civil y a la filiación ilegítima en general. También, en cuanto a la naturaleza —y por citar

sólo su aportación más original— son de destacar sus ideas sobre el carácter unitarino de la presunción en nuestro Derecho (presunción legal relativa), tanto para el supuesto general del artículo 108, como para “las circunstancias” singulares del artículo 110).

El capítulo VI, que trata del alcance y eficacia de la presunción de paternidad constituye, en mi opinión, el eje central del libro. El autor considera criticable, con sobrada razón, la eficacia absoluta de la regla en Derecho español, pero, en cambio, critica también la conocida y reciente doctrina de la Dirección General de los Registros que, a partir, de una Resolución de 26 de abril de 1963, coarta, en su entender, la aplicación del artículo 108, al no imponer que hijos de mujer casada sean inscritos, en expediente fuera de plazo, como hijos legítimos de matrimonio, cuando ello implique reclamación de una legitimidad que no se ostentaba de hecho. Esta doctrina de la Dirección General, que viene hoy avalada por el artículo 314 del R. R. C., reformado en 1969, es criticada duramente por el Dr. Rivero. En mi opinión —y sin que ahora deba profundizar en este asunto— el autor no deslinda los distintos campos de aplicación de la presunción del artículo 108 y de la acción de reclamación de legitimidad del artículo 118 (este es precisamente uno de los extremos cuyo desenvolvimiento echo de menos en su estudio). Porque si el artículo 108 tuviera una fuerza total y absoluta, no se comprende para qué es necesario el artículo 118: éste es sólo explicable si el hijo tiene que probar algo más, *concretamente su identidad y el hecho del parto*. La doctrina del Centro Directivo sólo afirma que esta cuestión no es materia propia del expediente gubernativo. Se sigue, en definitiva, un camino semejante al que ha emprendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de abril de 1969 (alabada, por cierto, por el Dr. Rivero), cuando ha afirmado que las presunciones del artículo 108 sólo deben regir en los supuestos de convivencia matrimonial. En uno, y otro caso se llega, por imperativos de justicia, a limitar la eficacia de la presunción de paternidad.

Los efectos de esta presunción de paternidad son examinados a continuación desde el punto de vista de las personas interesadas: marido, hijo, madre y posible progenitor real. Los numerosos problemas prácticos que pueden presentarse, como la reivindicación de la paternidad por el marido o su impugnación por el hijo, han sido pasados en olvido por la doctrina patria y son en esta obra tratados ampliamente. Tras una referencia a las situaciones de ausencia declarada del marido y de nulidad del matrimonio por impotencia de éste (en las que el autor, con toda razón, niega la aplicabilidad del art. 108), termina el capítulo con el estudio de una cuestión tan grave y tan difícil de resolver en nuestro Derecho, como es la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) y la condición de los hijos así habidos. En cuanto a este último punto no comparto, en modo alguno, la opinión del autor quien considera legítimo al hijo nacido por inseminación artificial heteróloga aunque en consentimiento del marido: esta conclusión no se compagina, además, con la tesis de la cohabitación causal ni con la verdad biológica, tan arduosamente defendidas por el Dr. Rivero a lo largo de toda su obra.

Extraordinariamente importante es también el capítulo VII que lleva el epígrafe “Impugnación de la presunción de paternidad”, pues ésta, como pone de relieve el autor, no es sino el aspecto negativo de la presunción y, según

se admita aquella con mayor o menor amplitud las consecuencias prácticas y el juicio crítico del ordenamiento pueden variar notablemente. Luego de un breve examen histórico y de su fundamento y naturaleza, se tratan extensamente los diversos sistemas existentes en el Derecho comparado, desde el sistema abierto de los Derechos alemán y suizo, pasando por el sistema cerrado de los Códigos francés e italiano, hasta llegar al que muy gráficamente denomina sistema cerradísimo propio del Derecho español.

En este punto radica seguramente el mayor mérito de la obra que comentamos. El párrafo segundo del artículo 108, así como el artículo 109, son examinados a la vista de la doctrina y la jurisprudencia patria exhaustivamente y con pleno rigor científico. Con perfecto criterio, el autor propone una interpretación correctora de la letra del artículo 108 que permita extender la prueba de la "imposibilidad física de acceso" a otras hipótesis en las que resulte igualmente imposible la paternidad del marido. Concretamente señala que "cuando la cohabitación conyugal, presunta o posible concorra con otra adulterina, probada o muy verosímil, será admisible la prueba, con cualquier medio idóneo (incluidas las pruebas biológicas), y concluyente, de la imposibilidad de paternidad del marido". Porque como también añade, "ha de tenerse en cuenta, además, que si el legislador español de 1889 —recogiendo la regulación y hasta las palabras de los proyectos de 1851 y 1882, y de la Ley de matrimonio civil de 1870— limitó la prueba contraria en la impugnación a la de la imposibilidad de acceso en el período legal, ello fue no tanto porque quisiera consagrar la legitimidad de hijos adulterinos en los demás casos, sino porque le pareció que la única prueba segura de la no paternidad era la no cohabitación". En efecto, este parece ser el camino adecuado. Nos hallamos, como señala el profesor Lacruz en el prólogo, ante una verdadera laguna legal, que ha de ser colmada con principios de justicia.

El último capítulo del libro estudia las pruebas biológicas en la impugnación de la paternidad legítima. A la luz de las últimas investigaciones científicas se examina el valor probatorio de las diversas pruebas propuestas, deteniéndose en las más comunes y aceptadas en el Derecho comparado (la heredobiológica, la de grupos sanguíneos y la del grado de madurez). Naturalmente el autor propugna su admisión en nuestro Derecho, especialmente respecto de la prueba hematológica, segura en su aspecto negativo y fácil de obtener, criticando, con la doctrina más reciente, la S. T. S. de 24 de enero de 1947, que las rechazó rotundamente.

* * *

En síntesis, el juicio crítico de la obra del Dr. Rivero ha de ser francamente favorable. En mi opinión, constituye un excelente trabajo bien documentado, serio y progresivo, de fácil y apasionante lectura. Un magnífico punto de partida, en suma, para cualquier estudio futuro sobre filiación legítima.

Es cierto que etn algunos puntos concretos no puedo compartir las ideas del autor, como ya he ido señalando en esta reseña, y, quizás, llevando la crítica a un exagerado rigorismo, podría también, achacarle el hecho de no haber examinado los artículos 112 y 113 del Código civil o el estudiar el fundamento y na-

turalidad de la presunción de paternidad previamente a sus efectos, incurriendo en un cierto dogmatismo. A veces, también, su "ensañamiento" con nuestro Código civil parezca excesivo. En todo caso, estas pequeñas deficiencias no empañan, en modo alguno, el valor positivo de la obra ni su importancia científica.

JESÚS DíEZ DEL CORRAL RIVAS

ROVIRA FLOREZ DE QUINONES, María Carolina: "La Filosofía Jurídica de Felipe Clemente de Diego y Gutiérrez (1886-1945)". Biblioteca hispánica de Filosofía del Derecho. Volumen núm. 5. Porto y Cía., editores. Santiago de Compostela 1970. 211 páginas (en 4.º).

Libro éste particularmente simpático; por un par de razones. Nos recuerda el significado señero y decisivo de Don Felipe en la ciencia del Derecho privado.. Nos recuerda, además, que el civilista, por severa y acéptica que sea su técnica, parte siempre de una concepción filosófica. Como M. Jourdain hablaba en prosa sin sospecharlo, los civilistas sin darnos cuenta hacemos una profesión de fe filosófica en nuestros trabajos.

La influencia del pensamiento de Don Felipe ha sido expuesta recogiendo algunas citas de discípulos y de estudios posteriores. Me atrevo a señalar que, a mi juicio personal, no se refleja de modo cabal el alcance y amplitud de dicha influencia y lo beneficioso y fructífero que ella fuera para la ciencia jurídica española. Debe mencionarse su labor formativa en el Centro de Estudios Históricos y la pléyade de prestigiosos juristas que le reconocen como guía y maestro. En este momento, vienen a mi pobre memoria los nombres de De Buen, Candil, Garrigues, Alas, Ramos, Xirau, Moro, Raventós. A ellos habría que añadir todos los otros que sin haber sido discípulos directos, aprendieron de sus maestros a considerarse una segunda generación de discípulos o nietos espirituales del maestro. También hubiera podido destacarse, como prueba de la pervivencia de la obra de De Diego, la publicación de la colección de *Dictámenes*, tan utilizados siempre por los autores y por los profesionales y la reedición de las *Instituciones* publicada en 1959, con notas de los profesores De Cossio y Gullón.

El libro reseñado, después de una Introducción (Biografía, Bibliografía, Planteamiento), va examinando cuidadosamente la obra de Don Felipe, analizándola bajo los epígrafes de problemas lógicos, problemas éticos, problemas históricos, problemas antropológicos y problemas ontológicos. Concluye con un capítulo denominado "Situación de De Diego en la Filosofía del Derecho".

El estudio que nos ocupa, ha sido trabajado con encomiable honradez, con un cuidado estudio de cada uno de los trabajos que componen la amplia bibliografía de Don Felipe. Es, en fin, un valioso recordarnos y poner de relieve que, una de las causas de la importancia continuada de la obra de De Diego, es justamente el sólido substrato filosófico sobre la que ella se asienta.

REVISTAS

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

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

BESSONE, Mario: *Unilateral Mistake e teoria del contratto nell'esperienza nord-americana*. Riv. del Dir. Commerciale, mayo-junio 1970, págs. 248-270.

Se estudia en este artículo la evolución que ha ido operándose en el área jurídica del «common law» en el sentido de dar entrada a la relevancia jurídica del error negocial.

DE CUPIS, Adriano: *Il diritto civile nella sua fase attuale*. Riv. del Dir. Commerciale, noviembre-diciembre 1970, págs. 421-440.

Síntesis de la esencia y caracteres del Derecho civil en la actualidad en la que se pasa revista entre otros temas a su naturaleza individual, a la objetividad de sus instituciones, a su abstracción, a la Codificación, a su relación con la Constitución, a la combinación de su evolución con su tradicionalismo y a su sociología.

MERINO Y HERNÁNDEZ, José Luis: *Sobre la unilateralidad del poder*, RDN, enero-marzo 1971, págs. 137-152.

Se mantiene la bilateralidad del apoderamiento, pues es preciso contar con la voluntad (al menos presunta) del apoderado, lo que no implica exista un contrato pues faltan el tanteo y las negociaciones típicas de esta figura, existiendo sólo una adhesión incondicionada. Esto, unido a la unilateralidad de interés que se da en apoderamiento, constituye el criterio para distinguirlo del contrato de mandato.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique: *La juscibernética en España*, RJC, abril-junio de 1971, págs. 303-327.

Trabajo descriptivo donde se expone en sucesivos apartados la introducción de la cibernética en la Administración Pública, en la Actividad Política, en el derecho de autor, en la Administración de Justicia, en la praxis jurídica y en la lógica jurídica.

RECASENS SICHES, Luis: *La concepción tridimensional del Derecho*, RDN, enero-marzo 1971, págs. 153-193.

El Derecho puede ser considerado desde diferentes puntos de vista: como norma, como valor y como realidad social. Ha sido frecuente estudiar estas dimensiones de modo aislado e independiente, de lo que se ha deducido también la imposibilidad de un concepto unívoco de Derecho. Se expone a continuación la tesis de Reale, que distingue entre una tridimensionalidad genérica o abstracta, según la cual dichos elementos son susceptibles de estudio autónomo por disciplinas jurídicas diversas, y la verdadera tridimensionalidad, calificada de específica y concreta, que parte de la imposibilidad de separarlos de modo absoluto en cualquier investigación. El autor acepta dicha construcción, si bien la matiza, para darle mayor generalidad, profundizando en las implicaciones mutuas entre los tres aspectos, y prescindiendo de ciertas argumentaciones dialécticas que cree son innecesarias.

VÁZQUEZ BOTE, Eduardo: *Sobre el artículo 1.279 del Código civil*, RGLJ; diciembre 1970. págs. 825-844.

El autor estima que nuestro Código civil distingue en materia de negocio jurídico, la validez (que sólo se da cuando concurren consentimiento, objeto y causa) y la eficacia u obligatoriedad, que exige además la concurrencia de una forma, «cualquiera que sea». Se mantiene que el artículo 1.279 no se refiere exclusivamente a los supuestos del 1.280, sino que tiene un alcance más general, centrando su esencia en el reconocimiento del precontrato, referido a la obligación de llenar la forma.

3. Derechos reales

RODRÍGUEZ-ÁRIAS BUSTAMANTE, Lino: *De la propiedad institucional a la propiedad comunitaria*, RGLJ, diciembre 1970, págs. 795-823.

Partiendo de la crisis de la propiedad actual, se propugna por un nuevo sistema que implica una reorganización total de la sociedad, y al que se califica de «propiedad comunitaria», igualmente alejado tanto del individualismo como del socialismo del Estado. Decisivo resulta poner fin a la disociación capital-trabajo, y sustituir una economía de mercado, basada en el ánimo de lucro, por una economía de necesidades, en la que el servicio a la comunidad sea lo esencial. Se cita y analiza, como figura próxima a la defendida, la institución servia de la «zadruga».

4. Obligaciones y contratos

DE CUPIS, Adriano: *Problemi e tendenze attuali nella responsabilità civile*. Riv. del Dir. Commerciale, marzo-abril 1970, págs. 95-103.

Síntesis valorativa de las recientes orientaciones de la doctrina en materia de responsabilidad civil, así como ponderación de su influencia en la vida real del derecho a través de la jurisprudencia.

DI MAJO, Adolfo: *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*. Riv. del Dir. Commerciale, mayo-junio 1970, págs. 192-247.

Se exponen las razones que justifican el control judicial de las condiciones generales de contratación y los fines perseguidos con dicho control. Se examina el juego de los diversos conceptos a los que se puede recurrir en esta labor de control: buenas costumbres, equidad, orden público...

5. Derecho de familia

ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín: *En torno al consentimiento para la adopción a tenor de la Ley de 4 de julio de 1970*, RGLJ, noviembre 1970, páginas 615-658.

La adopción requiere la participación, con diversas misiones y alcance, de determinadas personas. Limitándonos a aquéllas que han de consentirla (tomando el término en sentido muy amplio), se establece una graduación entre consentimiento en sentido estricto, asentimiento y audiencia. Se expone quién debe prestarlos respectivamente y se señala cómo esta clasificación, produce importantes efectos jurídicos, habiendo de ser tenida en cuenta en multitud de cuestiones, tales como la posibilidad de prestarlos o no sin un conocimiento individual y efectivo del otro sujeto de la adopción, la necesidad de comparecer personalmente en las fases judicial y notarial, la posibilidad de revocación, etc., etc.

BADOSA COLL, Fernando: *Concepto y régimen jurídico de la filiación ilegítima no natural según la Compilación de Derecho civil catalán*, RJC, abril-junio 1971, páginas 331-353.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1970. En una primera parte se estudian el concepto y las clases de filiación ilegítima

no natural en la Compilación. La segunda parte se ocupa de su estatuto jurídico, tanto en lo que se refiere a la incapacidad sucesoria relativa, como en lo que se refiere al legado de alimentos.

CASTÁN VÁZQUEZ, Jose María: *La edad del adoptado*, RGLJ, noviembre 1970, páginas 581-614.

Existen una serie de factores, sociales, psíquicos y médicos, que influyen decisivamente en la regulación de los requisitos de edad exigibles para la adopción. Con relación al adoptado el problema se centra en torno a la necesidad o no de una edad mínima, de un tope máximo, y de una determinada diferencia de edad. Se exponen las tendencias del Derecho comparado y el criterio seguido por el Derecho español a lo largo de su evolución, haciéndose una especial referencia a la génesis y sistema de la reciente Reforma de 1970, resaltando el carácter progresivo de la misma.

MÉNDEZ APENELA, Eduardo: *La compraventa con precio aplazado y la sociedad de gananciales*, RDN, enero-marzo 1971, págs. 97-136.

Se estudia la naturaleza privativa o ganancial de los bienes adquiridos, constante matrimonio, por compraventa cuyo precio ha sido totalmente o en su mayor parte aplazado. Noe cree aceptable la tesis de Borrachero, que estima se atenderá a lo declarado respecto del caudal con que ha de pagarse el precio surgiendo así una calificación definitiva sobre el carácter del bien, compensada en su caso por un crédito contra el patrimonio enriquecido. También rechaza la opinión de Lacruz que cree debe admitirse la adquisición por un cónyuge, cuando a ella asiente el otro, si bien habrá de esperarse el momento de pago, suspendiendo entretanto cualquier pronunciamiento, en los casos en que adquiere unilateralmente el cónyuge administrador. De acuerdo con Cámara, se sostiene que debe distinguirse entre una calificación definitiva (determinada por el caudal a costa del que se pague el precio) y otra provisional, que será precisamente la presunción contenida en el artículo 1.407 del Código civil, con lo que disiente de este último autor, que concede una función importante a estos efectos, a la aseveración del comprador, y a la procedencia de la suma entregada a cuenta.

SALANITRO, Niccolò: *Profili costituzionali della disciplina muciana*. Riv. del Dir. Commerciale, julio-octubre de 1970, págs. 321-336.

Artículo sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 70 de la Ley sobre quiebras italianas —en el que se hace una aplicación de la presunción muciana— a la luz de los artículos 29 y 31 de la Constitución, que tiende a la protección de la familia.

TORRES PUENTES, José Manuel de: *Donaciones de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales*, RDN, enero-marzo 1971, págs. 289-328.

En contra del criterio mantenido en la Resolución de 6 de octubre de 1966, el autor defiende la tesis de que el artículo 1.413 del Código civil es aplicable a las donaciones de inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales como regla general, de la que son excepciones los artículos 1.343, 1.409 y 1.415, sosteniendo por lo tanto que la falta de consentimiento de la mujer puede suplirse por la autorización judicial. Para ello parte de la base de que el consentimiento uxorio no implica codisposición, sino asentimiento de la mujer al acto de disposición del marido, en estrecho paralelismo con la licencia marital; también rechaza la existencia de una cotitularidad del marido y la mujer sobre los gananciales.

VEGA SALA, Francisco: *La Ley de 4 de julio de 1970 y las recientes reformas de la adopción en Francia, Italia y Portugal*, RGLJ, noviembre 1970, páginas 689-714.

Se estudia el régimen de la adopción tal como ha quedado configurado en las recientes reformas efectuadas en estos tres países, lo que puede servir para explicar algunos aspectos de la Ley española de 1970, siendo además un valioso instrumento para calificar el sentido de nuestro ordenamiento a la luz de las últimas tendencias del Derecho comparado. A este respecto el autor cree que la reforma española es francamente avanzada, si bien ello implica que en ocasiones desvirtúe el sentido mismo de la institución; así por ejemplo, la excesiva amplitud de los supuestos en que cabe la adopción plena puede contradecir su finalidad típica de proteger a la infancia abandonada; también critica una cierta imprecisión que puede dificultar su interpretación.

6. Derechos de sucesiones

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Aspectos sucesorios de la nueva Ley de Adopción*, RGLJ, noviembre 1970, págs. 659-688.

La reciente reforma de la adopción introduce importantes novedades en materia sucesoria. El fortalecimiento de estos efectos del vínculo adoptivo es ciertamente positivo. Sin embargo el autor estima que la nueva regulación técnicamente ofrece serios reparos, sobre todo en lo relativo a las «particularidades» de la sucesión del adoptado plenamente, que pueden llegar a hacer ilusoria esa equiparación al hijo legítimo que se proclama en principio, aparte de no resolver otros supuestos de concurrencia que pueden presentarse. Critica también la supresión del pacto sucesorio y la falta de reciprocidad que se da entre adoptante y adoptado plenamente, puesto que el primero es equiparado al padre legítimo sin ningún tipo de restricción.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Acción procesal del legitimario en el Derecho civil catalán de reclamación de legítima, antes de la aceptación de la herencia por el heredero*, RJC, enero-marzo 1971, págs. 57-78.

Se inicia este artículo con el concepto de la acción procesal y sus clases, para ver qué clase de acción tiene el legitimario. A continuación se considera contra quién se ejercita la acción, contra la herencia yacente. Incoado el proceso, se entra en el problema de qué intervención tiene en el mismo el instituto heredero, así como en el caso especial de que acepte la herencia en el curso del proceso. Se determina con un análisis de la ejecución.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *La inoficiosidad legitimaria*, RJC, abril-junio 1971, páginas 255-302.

Tras un estudio en los Derechos romano, germánico y castellano, se aborda la acción de inoficiosidad en el Derecho catalán, considerando sucesivamente su naturaleza, caracteres, legitimación, objeto, valoración de los bienes, plazo para su ejercicio y efectos.

PUIG I FERRIOL, Lluís: *Heredamiento: función. Heredamiento a favor de los contrayentes: heredamiento simple. Facultades del heredante en el heredamiento simple*, RJC, abril-junio 1971, págs. 355-379.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1970 dividido en tres partes: notas sobre el concepto de heredamiento, sobre la configuración jurídica del heredamiento y cuestiones en torno a las facultades dispositivas del heredante.

PUIG I FERRIOL, Lluís: *Cómputo de la legítima*, RJC, junio-septiembre 1971, páginas 457-548.

Después de determinar el concepto de computación legitimaria, se aborda la composición del caudal hereditario, la depuración del caudal hereditario y la determinación del donatum.

ROCA DE LAQUE, María Encarnación: *Configuración jurídica de la legítima en el Derecho catalán*, RJC, enero-marzo 1971, págs. 7-56.

Se determinan como presupuestos del nacimiento del derecho a la legítima el hecho de la filiación y la existencia de un testamento eficaz. A continuación se abordan las formas de atribución de la legítima (institución de heredero, legado, actos «inter vivos», señalamiento o asignación, donación «mortis causa»). Finalmente, se estudia la naturaleza jurídica del derecho del legitimario en la legítima ya deferida.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *Contenido cualitativo de las legítimas en Cataluña, antes y después de la Compilación*, RJC, julio-septiembre 1971, páginas 549-577.

Trabajo dividido en seis apartados, cuyos epígrafes son como sigue: En Cataluña, ¿la legítima fue «pars bonorum» antes de la Compilación? En Cataluña después de la Compilación, la legítima es «pars valoris bonorum». Supuesto de legítima mera «pars valoris». Legítima con contenido en usufructo. Derecho de alimentos de los descendientes ilegítimos no legitimarios.

III. DERECHO MERCANTIL

2. Comerciantes y sociedades

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: *Ventajas e inconvenientes de las inversiones extranjeras en Sociedades españolas*, RDN, enero-marzo 1971, págs. 7-96.

Se analiza desde un punto de vista fundamentalmente socio-económico, los argumentos en pro y en contra de las inversiones extranjeras, como premisa necesaria para afrontar una exposición de los criterios básicos que deben presidir la regulación jurídica de las mismas; a este respecto, el autor estudia críticamente el ordenamiento español, sobre todo en lo referente a los medios en que puede concretarse la inversión y a la existencia de unos porcentajes máximos de participación, señalando además unos interesantes criterios de política legislativa a los que debería responder una necesaria reforma que perfeccionase, aclarase y sistematizase una legislación no mala en su esencia.

STOLFI, Mario: *Le norme di concorrenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*. Riv. del Dir. Commerciale, marzo-abril de 1970, págs. 81-94.

Comentario a la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea en la materia de acuerdos de empresa que tiendan a impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el seno del Mercado Común.

IV. DERECHO PROCESAL

2. Parte general

TABOADA ROCA, Manuel: *La vocación a juicio de las personas jurídicas de Derecho privado*. RGLJ, diciembre 1970, págs. 845-887.

La designación del demandado, en el caso de que éste sea una persona jurídica, presenta en la práctica procesal ciertos problemas. Para resolverlos se parte de la doble finalidad que dicha designación persigue: a) identificación del deman-

dado (para ello basta consignar su denominación y domicilio) y *b*) hacer posible su citación y emplazamiento, para lo que se requiere además indicar el órgano que ostenta su representación. Con estas premisas el autor analiza las que denomina teorías de la designación mínima, máxima y media. La primera entiende que sólo es preciso expresar la denominación y el domicilio de la entidad. La segunda exige además la constancia del nombre y apellidos de la persona física que ostenta la representación. Frente a estas teorías, el autor defiende la intermedia, según la cual es suficiente con que se señalen la denominación y domicilio de la persona y del cargo o cargos que tienen su representación conforme la Ley o a los Estatutos, sin que ésto pueda hacerse mediante una mera remisión, sino indicando cuáles son en el caso concreto dichos órganos.

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

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).
 BFDC = Boletim da 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 (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).

- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = 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 (Paris).
- 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 Juridica 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 (Paris).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (Paris).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
- RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
- SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
- SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
- T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
- UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
- ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

- 1. NULIDAD DE MATRIMONIO CIVIL: DEFECTOS DEL RECURSO.**—La alegación, en el motivo del recurso, de la infracción de los artículos 2 y 69 del Código civil, por violación “por inaplicación” y “por aplicación indebida”, supone la cita de dos conceptos antitéticos y equivale a la omisión de la expresión del concepto de la infracción acusada, con olvido de lo ordenado por el artículo 1.720 de la L.e.c.

La denuncia de la aplicación indebida del artículo 51 del C. c. por entender la recurrente “que no consta suficientemente probada la existencia de algún vínculo matrimonial entre los cónyuges preexistente al matrimonio que hoy se discute”, no puede prosperar puesto que la sentencia de instancia estima que “está plenamente acreditado en autos” lo contrario.

No basta alegar la infracción de una sentencia relativa a la interpretación del artículo 51 del C. c.; de otra sentencia atinente al matrimonio putativo y, por último, de otra relativa a la ignorancia de las leyes matrimoniales, puesto que es jurisprudencia constante de esta Sala que una sola sentencia no constituye doctrina legal a efectos de casación. (S. de 29 de mayo de 1970: no ha lugar.)

NOTA: Es lástima que, por motivos puramente formales, el Tribunal Supremo haya desestimado el recurso sin entrar a examinar el fondo del asunto, que ofrecía un gran interés.

Se trataba de un matrimonio civil celebrado en Méjico el día 29 de julio de 1958, de acuerdo con las leyes del país, entre un súbdito español (austriaco de origen, pero nacionalizado antes de contraer matrimonio) y una súbdita brasileña, divorciada vincularmente de un matrimonio anterior. Parece, además, aunque no se deduce con seguridad de los escuetos resultandos de la Sentencia, que ambos contrayentes estaban bautizados en la Iglesia Católica y que el primer matrimonio de la contrayente fue celebrado civil y canónicamente.

Tampoco podemos saber con absoluta seguridad cuáles fueron las razones que indujeron al Juez de Primera Instancia y después a la Audiencia a declarar la nulidad de dicho matrimonio civil. Nos parece que podrían haberse acogido tres distintos órdenes de argumentos.

El primero —que, según se deduce del primer motivo del recurso, debió ser tenido en cuenta— estribaría en estimar la infracción del artículo 42 del Código civil: es decir, considerar nulo el matrimonio por haberse contraído en forma civil, siendo de religión católica, al menos, el contrayente varón. Ahora bien, hay que tener en cuenta que si éste estaba bautizado, ninguna prueba se aportó, en cambio, al pleito acerca de si profesaba o no la Religión Católica. Nos parece que sólo bajo el imperio de la Orden de 10 de marzo de 1941 (de

dudosa legalidad) podría considerarse nulo aquel matrimonio civil por el hecho de estar obligado el bautizado a contraerlo canónicamente. Pero el caso es que cuando el matrimonio se contrajo estaba ya vigente la reforma de 24 de abril de 1958 que, como es sabido, dio nueva redacción al artículo 42 del Código civil, y el sentido de esta reforma fue llegar a admitir, aunque con restricciones, el matrimonio civil de los apóstatas (ver, no obstante, la opinión contraria de Peré Raluy, *Derecho del Registro Civil*, T. II, Aguilar, 1962, páginas 661 v siguientes), como claramente reconocieron la Circular de la Nunciatura Apostólica de 25 de marzo de 1957 y la Circular de la D. G. R. N. de 2 de abril de 1957 (confirmada en 28 de enero de 1959) y, ya antes, el Decreto de 27 de octubre de 1956 que reformó el Reglamento del Registro Civil de 1870. En fin, hoy después de la Ley de libertad religiosa de 28 de junio de 1967 y de la reforma del Reglamento del Registro Civil por el Decreto de 22 de mayo de 1969, cuando basta para que un bautizado pueda contraer matrimonio civil, aparte de la comunicación del abandono al Párroco, la simple declaración de no profesar la Religión Católica (cfr. arts. 245 y 246 R. R. C.), resulta muy claro que el matrimonio civil en cuestión no debería ser declarado nulo por el solo hecho del bautismo del contrayente varón. No debe olvidarse, sin embargo, que el Tribunal Supremo con una exagerada supeditación al Derecho canónico (hoy, además, en trance de revisión) viene entendiendo (Ss. de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, 16 de febrero de 1961, 5 de julio de 1965 y 16 de marzo de 1967) que es nulo el matrimonio civil de los católicos mientras no se acredite auténticamente que han sido arrojados de la Iglesia por excomunión o por abandono voluntario por apostasía formalmente acreditada o entredicho solemnemente declarado por Autoridad Eclesiástica competente.

El segundo argumento para declarar la nulidad del repetido matrimonio lo encontraríamos estimando que ha incurrido en defecto esencial de forma (confróntese arts. 100 y 101 del C. c.). Como es sabido, y no obstante la doctrina en general contraria de la Dirección General de los Registros, la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, en Sentencias de 1 de marzo de 1919, 26 de abril de 1929 y 14 de diciembre de 1963, entendió que el matrimonio civil de españoles en el extranjero debe autorizarse precisamente por los Cónsules y Vicecónsules de España y no es válido, a pesar de lo dispuesto por el artículo 70 de la L.R.C. de 1870, si se contrae ante las autoridades extranjeras con arreglo a la ley local: es decir, se estima que el artículo 100 constituye una excepción al principio general «locus regit actum» que en materia de forma acoge el artículo 11 del Código civil. Ahora bien, el artículo 73 de la L. R. C. de 1957 ha desautorizado expresamente esta doctrina jurisprudencial, admitiendo la validez formal del matrimonio civil de españoles en el extranjero con arreglo a las leyes del país, y si bien es cierto que en el momento en que se celebró el matrimonio en cuestión, no estaba en vigor aún la L. R. C. (recuérdese que su vigencia comenzó, junto con el Reglamento, el día 1 de enero de 1959), dicha Ley estaba ya publicada y no parecería prudente declarar una nulidad en base a una interpretación jurisprudencial, además poco convincente, que ya no podría tener eficacia escasos meses más tarde, para los matrimonios contraídos entonces, ante la declaración tajante de una Ley.

La última razón, ya de más enjundia, para declarar la nulidad de aquel matrimonio consistiría en entender que el divorcio vincular de la contrayente choca con el orden público español, de modo que, con arreglo a la excepción contenida en el artículo 11 del Código civil, ese divorcio no podría tener eficacia en España en este punto, se excluiría la aplicación de la ley extranjera normalmente competente para decidir sobre la capacidad matrimonial y se apreciaría, pues, la existencia del impedimento de ligamen existente según la ley española. Esta parece haber sido la razón fundamental que tuvieron en cuenta las sentencias del Juzgado y de la Audiencia. El Tribunal Supremo viene considerando, en efecto, nulos los matrimonios civiles contraídos en hipótesis como la mencionada, *tanto en el caso de que el divorcio dictado por una sentencia extranjera se refiera a un matrimonio canónico como a un matrimonio simplemente civil* y en este sentido se pronuncian las Sentencias de 12 de mayo de 1944, 21 de diciembre de 1963, 23 de octubre de 1965, 5 de abril de 1966 y 12 de marzo de 1970. Sin que sea el momento de profundizar en esta cuestión, debe observarse que la Resolución de 27 de junio de 1969, aunque no se llega a pronunciar taxativamente sobre el problema, apunta la posibilidad, siguiendo el camino marcado por una Resolución anterior de 25 de marzo de 1950, de que sea inscribible el matrimonio contraído civilmente en Alemania entre español soltero y alemana divorciada, ambos acatólicos, pero solamente cuando el matrimonio disuelto por el divorcio vincular no merezca la consideración de matrimonio canónico con arreglo a las normas de la Iglesia. Parece, en efecto, que la distinción es importante: cuando el divorcio extranjero recae sobre un matrimonio simplemente civil no se ve que, en el estado actual de la sociedad española, existan razones suficientes de orden público para excluir la eficacia de aquél y, al contrario, cuando el matrimonio disuelto por el divorcio tiene carácter canónico, parece razonable rechazar en España los efectos de ese divorcio (al menos, con vistas a la celebración de un nuevo matrimonio con súbdito español), no ya por motivos de orden público, sino más bien por la inmisión del ordenamiento canónico (arts. 75 y 80 del C. c.), cuya competencia se reconoce, por normas concordadas, exclusiva para conocer de la validez o nulidad del matrimonio canónico.

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS

2. El reconocimiento de la filiación natural por comparecencia ante el Juez (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1970).

1. RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL: DOCUMENTO PÚBLICO.—La inscripción marginal al acta de nacimiento en la que se refleja el reconocimiento por declaración del padre ante el Juez y Secretario, efectuada en el año 1943, es un documento público hábil para el reconocimiento voluntario con arreglo al artículo 131 del Código civil en relación con el 1.216 del mismo Código y el 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL: DOCUMENTO PÚBLICO.—No obsta a la anterior doctrina la Sentencia de 7 de junio de 1949, por referirse a hecho tan distinto como la comparecencia ante Juez Municipal en época roja y que, por sí sola, no constituye jurisprudencia.

RECONOCIMIENTO POR DECLARACIÓN ANTE EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL: DERECHO TRANSITORIO.—Al no haber sido impugnado, bastaría para la subsistencia del fallo el considerando de éste relativo a la validez del reconocimiento mediante declaración ante el Encargado del Registro (art. 49 de la L. R. C.), según la interpretación realizada por el Tribunal *a quo* de la Disposición transitoria de la vigente Ley del Registro civil.

POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO NATURAL.—Tampoco ha sido combatida la argumentación del fallo en torno a la existencia de la posesión de estado.

LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO.—Demandada la viuda del padre natural, con el comprador de los bienes de la herencia, el recurso de casación, limitado a la impugnación del reconocimiento, se ha formalizado únicamente por el comprador y éste nunca puede considerarse legitimado, en esta situación procesal, para el ejercicio de una acción de estado civil. (S. de 5 de noviembre de 1970: no ha lugar.)

2. Aunque esta Sentencia llegue, en definitiva, a un resultado práctico seguramente justo, su fundamentación jurídica nos parece endeble y poco convincente. Para poder precisar nuestra crítica, es necesario exponer previamente el supuesto de hecho subyacente a la sentencia.

La actora nace el día 5 de marzo de 1922 y fue inscrito su nacimiento, según parece desprenderse de los resultandos de la Sentencia, como hija natural reconocida unilateralmente por su madre soltera. El presunto padre, que también era soltero, contrae matrimonio con otra mujer; de este matrimonio nace un hijo que fallece de corta edad. Años más tarde, concretamente en 1943, la actora pasa a vivir en compañía de su presunto padre y de la esposa de éste. El 14 de abril de

1943, es decir, cuando era todavía menor de edad la hija (1), reconoce el padre a ésta por comparecencia ante el Juez Municipal y el Secretario, practicándose la correspondiente inscripción marginal al acta de nacimiento de la hija.

La demandante sigue viviendo en la casa paterna hasta que contrae matrimonio, habiendo obtenido, según parece, el consejo favorable del padre. Y éste fallece en 1966 bajo testamento que otorgó en 1946 (casada ya la presunta hija natural) por el que instituye heredera universal a su esposa, sin mencionar para nada a la hija.

En esta situación, la viuda vende a un tercero en escritura pública la totalidad de los bienes adquiridos por su marido durante el matrimonio y la hija y actora presenta demanda por la que solicita se declare la nulidad de esta venta, la preterición en que ha incurrido el testamento de su padre y la consiguiente apertura de la sucesión intestada.

Los demandados, viuda y comprador, se oponen a la demanda, suplicando su desestimación (2). El Juez de Primera Instancia desestima, en efecto, la demanda. Pero apelada la sentencia por la actora, la Audiencia revoca aquélla y estima, en lo esencial, la demanda inicial (3). Recurre en casación únicamente el comprador, no la viuda, invocando un solo motivo: al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L. e. c., infracción por interpretación errónea del artículo 131 del Código civil, en relación con el 1.216 del mismo Código y el número 3.º del artículo 596 de la L. e. c., puesto que la comparecencia del presunto padre ante el Juez Municipal y el correspondiente asiento marginal en el acta de nacimiento no deben estimarse como documentos públicos.

El Tribunal Supremo desestima el recurso por las razones que hemos extractado y que pasamos a examinar.

3. La afirmación fundamental de la Sentencia consiste en estimar que una comparecencia del padre ante Juez Municipal, efectuada antes de entrar en vigor la actual Ley del Registro civil, y su consiguiente reflejo por asiento marginal a la inscripción de nacimiento de la hija, constituye un documento público apto para el reconocimiento voluntario con arreglo al artículo 131 del Código civil, en relación con el 1.216 del mismo Código y con el 596 de la Ley Procesal civil.

Nos parece que esta doctrina incurre en una evidente confusión entre el documento público (y su eficacia natural y privilegiada) y el documento público hábil para el reconocimiento voluntario. Es decir, una cosa es que la inscripción de nacimiento en el Registro civil que constata un estado de filiación natural constituye la prueba única y excluyente de esta filiación (arts. 2 de la L. R. C. y 327 del Código civil), de tal modo que mientras no se rectifique por los procedimientos adecuados aquella inscripción, el *status* de la filiación natural se impondrá a todos

(1) Recuérdese que la Ley de Mayoría de edad lleva la fecha de 13 de diciembre de 1943.

(2) Lo escueto de los resultandos en las ediciones oficiales de las Sentencias del Tribunal Supremo motiva que no sepamos cuáles son los argumentos esgrimidos desde el principio por los demandados.

(3) Nos encontramos igualmente sin saber a ciencia cierta la fundamentación jurídica del fallo de la Audiencia, lo que es especialmente perturbador en casos como el presente en que la Sentencia del Tribunal Supremo se remite en sus considerandos a razones utilizadas por los de la Audiencia.

de un modo absoluto; y otra cosa muy distinta es estimar que el Código civil atribuya competencia al Juez Municipal para que, en cualquier tiempo, pueda extender un asiento marginal de reconocimiento en virtud de una comparecencia del padre. Esto último, pese a lo que afirma la sentencia, parece insostenible.

En efecto, el artículo 131 del Código civil indica que «el reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público» y esa referencia al «acta de nacimiento» no puede entenderse simplemente haciendo relación al lugar, es decir, al cuerpo de la inscripción y a sus espacios marginales, puesto que también el reconocimiento en testamento o en otro documento público ha de reflejarse forzosamente en el mismo lugar para ser eficaz, como antes expusimos. Esto quiere decir que aquella referencia sólo tiene sentido si por ella entendemos que supone atribuir cierta competencia específica al Juez Encargado del Registro civil para autenticar el reconocimiento de hijos naturales. Ahora bien, ¿hasta dónde llega esa competencia? El Tribunal Supremo estima en esta sentencia que su competencia llega al máximo, a todo: en cualquier tiempo el Juez Municipal puede actuar como fedatario y, al comparecer el presunto padre reconociendo a un hijo, extender la correspondiente inscripción marginal.

La verdad es que no hay ninguna razón de peso para entender que el Código civil atribuyera al Juez Municipal esa competencia indiscriminada. Lógicamente la referencia al acta de nacimiento hay que comprenderla en conexión con la Ley del Registro civil de 1870, cuyo artículo. 51 se expresaba así: «Respecto de los recién nacidos de origen ilegítimo, no se expresará en el registro quiénes sean el padre ni los abuelos paternos, a no ser que el mismo padre, por sí o por medio de apoderado con poder especial y auténtico, haga la presentación del niño y la declaración de su paternidad. Lo mismo se observará en cuanto a la expresión del nombre de la madre y de los abuelos maternos». Ciertamente el Código civil (art. 328) suprimió la necesidad de la presentación del recién nacido en el Registro, pero no se vislumbra que quisiera innovar nada más en este punto en relación al artículo 51 de la Ley de 1870. En suma, el Juez Municipal sólo podía en el sistema del Código autenticar el reconocimiento de hijos naturales, cuando éste se efectuara en la declaración de nacimiento presentada al Registro civil y, por tanto, el reconocimiento había de reflejarse en el cuerpo de la inscripción, no en un posterior asiento marginal. Esta conclusión parece tan obvia a la doctrina que la cuestión es pacífica, sin necesidad de refutar posiciones contrarias que ningún autor ha defendido (4).

Es curioso que el transcurso del tiempo viene a fortalecer esta interpretación, pues dos disposiciones legales parten implícitamente de la base de esa limitación en la competencia de los Jueces Encargados del Registro civil. Nos referimos a la Orden del Ministerio de Justicia de 9 de enero de 1932 y, hoy, al artículo 49 de la Ley del Registro civil de 8 de junio de 1957. La Orden citada de 1932 dispuso que en lo sucesivo pudieran efectuarse los reconocimientos de hijos naturales en las actas de nacimiento extendidas fuera de plazo, previo el expediente oportuno. No es el momento de discutir sobre la legalidad

(4) Ver, por todos, ALBALADEJO: *El reconocimiento de la filiación natural*, Bosch, 1954. págs. 117 y 118.

o ilegalidad de esta disposición, sólo nos interesa resaltar cómo de ella resulta claro que la Administración no pensaba en esa amplitud de competencia en los Jueces Municipales, pues de otro modo hubiera resultado superflua la disposición. En todo caso, después de esta Orden, seguía siendo cierto que el reconocimiento de la filiación natural autenticado por el Juez Encargado del Registro civil sólo podía figurar en el cuerpo de la inscripción de nacimiento y no en un asiento marginal.

En cuanto al artículo 49 de la Ley del Registro civil, dice en sus dos primeros párrafos lo siguiente: «El reconocimiento puede hacerse con arreglo a las formas reconocidas en el Código civil o mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el Encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos. En este último caso deberá concurrir también el consentimiento del hijo o la aprobación judicial, según dispone dicho Código». Es evidente que este precepto, incluso gramaticalmente por su propia redacción, se propuso añadir una nueva forma de reconocimiento a las admitidas por el Código civil. Toda la doctrina está conforme en que constituye una auténtica novedad, como remacha la propia Exposición de Motivos de la Ley de 8 de junio de 1957 (5). Por ello pretender ahora, como sostiene esta Sentencia, que esa forma de reconocimiento existía ya con anterioridad a la actual Ley del Registro civil, equivale a entender que el legislador introdujo un precepto inútil. La interpretación jurisprudencial resulta, pues, demasiado aventurada.

4. Decíamos al principio de estas notas que el Tribunal Supremo parece confundir la eficacia privilegiada de la inscripción con los documentos públicos hábiles para el reconocimiento. Una inscripción que proclama el estado de la filiación natural prueba de modo excluyente este hecho, mientras no se llegue a la rectificación del acta, bien a través del oportuno juicio declarativo (art. 92 de la L. R. C.), bien por medio de un expediente gubernativo en los supuestos de excepción de los artículos 93 y siguientes de la propia Ley. Y téngase en cuenta que aunque el asiento se haya extendido en virtud de título manifiestamente ilegal y aunque una Ley ordene que se tache de oficio el asiento o alguna de sus circunstancias, sigue siendo preciso, al menos, el expediente gubernativo de rectificación (cfr. arts. 95, 2.º de la Ley y 297, 3.º, del Reglamento).

Esta eficacia privilegiada de la inscripción en el Registro civil, reconocida en el artículo 2.º de la Ley, tiene su obligado complemento en su artículo 3.º, a cuyo tenor «no podrán impugnarse en juicio los hechos inscritos en el Registro sin que a la vez se inste la rectificación del asiento correspondiente». A primera vista, de este precepto podría extraerse un argumento favorable, de índole procesal, para el fallo que comentamos. Tal argumento sería que la postura de los demandados no debió ser exclusivamente pasiva: deberían haber reaccionado activamente formulando reconvención e instando la rectificación de la inscripción que constataba la filiación natural. En el supuesto de autos no actuaron así,

(5) En ella se lee, en efecto, "en la misma línea de facilitar la constancia en el Registro de la filiación natural, la nueva Ley permite el reconocimiento por la simple declaración, en cualquier tiempo, ante el Encargado del Registro...".

se limitaron a oponerse a la demanda pidiendo su desestimación y esta actitud no puede ser suficiente a la vista del citado artículo 3.º de la Ley del Registro civil.

Aunque la sentencia no se preocupa para nada de este extremo, tendríamos que tal argumento nos llevaría a encontrar un fundamento jurídico serio para el fallo. Desgraciadamente no es tampoco así. El repetido argumento no puede ser tomado en consideración, puesto que parte de una premisa falsa, cual es la de entender que la inscripción, en el caso examinado, proclamaba plenamente el *status* de la filiación natural. Y esto no es cierto. El reconocimiento para ser eficaz requiere el consentimiento del hijo, si es mayor de edad, o, si es menor y no se ha efectuado aquél en testamento o en acta de nacimiento, la oportuna aprobación judicial (art. 133 del Código civil). Es obvio que tales requisitos, cuando sean precisos, han de cumplirse y, no sólo esto, sino, además, deben tener un adecuado reflejo en el Registro civil, que, si proclama una situación incompleta, no podrá ya constituir la prueba del hecho *total*, sino sólo de lo inscrito (6). En el caso que nos ocupa la hija, según observamos, era menor de edad en el momento del reconocimiento y no consta en absoluto que haya existido la aprobación judicial (reservada al Juez de Primera Instancia y no al Juez Municipal), ni menos que se haya inscrito aquélla en el Registro civil. Por tanto, la inscripción no proclamaba plenamente y de modo eficaz la filiación natural paterna pretendida (7).

Y contra esta conclusión no se puede argüir que, puesto que el reconocimiento constaba en acta de nacimiento, es innecesario el requisito de la aprobación judicial a tenor del propio artículo 133 del Código civil. Ya indicamos antes que por acta de nacimiento hay que entender el *cuerpo* de la inscripción, no sus asientos marginales. Aparte de que la sentencia que comentamos más bien parece estimar en su primer considerando que esa comparecencia ante el Juez Municipal se encuadra dentro de aquellos otros documentos públicos de que habla el artículo 131 del Código civil. En fin, no debe olvidarse que actualmente el artículo 49 de la Ley del Registro civil al admitir esa nueva forma de reconocimiento, bien se cuida de dejar a salvo la necesidad del consentimiento del hijo o de la aprobación judicial, en su caso.

5. El primer considerando de la sentencia que venimos comentando, luego de

(6) En este sentido se pronuncia la Resolución de 23 de abril de 1969, referida a un caso muy similar.

(7) No tenemos que entrar aquí en el examen del interesante problema acerca de si faltando en su momento la aprobación judicial, será factible, al ser ya mayor de edad el reconocido, la aprobación judicial *a posteriori*, o bien si bastará entonces el consentimiento del hijo. Pueden consultarse las indicaciones que sobre esta cuestión hicimos en nuestro trabajo: *El reconocimiento de filiación natural en otro documento público según el artículo 131 del Código civil*. (Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1966). A. D. C., 1967, pág. 602.

Sólo hemos de llamar la atención sobre el hecho de que la sentencia recurrida de la Audiencia, en el punto primero de su parte dispositiva, aprobaba el reconocimiento de filiación natural. Pero no sabemos, por las razones antes indicadas, cuáles fueron los argumentos en que se apoya la sentencia de la Audiencia y ni siquiera con seguridad si tal aprobación judicial había sido solicitada por la actora en su demanda.

aquella afirmación fundamental de que la comparecencia ante el Juez es instrumento hábil para el reconocimiento voluntario, añade que a ello no obsta «el contenido de la Sentencia de 7 de junio de 1949, por referirse a hecho tan distinto como la comparecencia ante Juez Municipal en época roja» y que, además, por sí sola, no constituye jurisprudencia.

Lo primero que hay que observar es que la doctrina sentada por la Sentencia aludida de 7 de junio de 1949 lo era, según se desprende claramente de su último considerando, en términos absolutos, es decir, no influía para nada, pues no se discute la cuestión ni sus posibles implicaciones, que la comparecencia se hubiera efectuado ante Juez Municipal en zona roja. Al contrario, se afirma llanamente que esa comparecencia no es documento público hábil para el reconocimiento, pues la competencia del Juez Municipal se halla limitada al acta de nacimiento y no se extiende fuera de ésta.

Además, el criterio de esta Sentencia de 1949 aparece plenamente refrendado en la Sentencia de 27 de septiembre de 1966 (a que hemos hecho referencia en la nota 7), cuya doctrina aplica sin distingos a los efectos de determinar el concepto de documento público en el artículo 131 del Código civil. Es decir, ya no se trata de sentencia única, sino de dos sentencias uniformes bastantes para constituir jurisprudencia a efectos del recurso de casación.

Pero lo grave, con serlo, no es esto, sino la razón de fondo que justifica esa referencia a la Sentencia de 1949 o, al menos, que parece inspirarla. En efecto, da la impresión de que el Tribunal Supremo quiere separar cuidadosamente las comparecencias ante el Juez en circunstancias ordinarias y las efectuadas en zona roja durante la guerra civil española: las primeras son perfectas y aptas para el reconocimiento voluntario; las segundas, en cambio, deben ser nulas, aunque no se nos diga por qué motivos.

Y es que no hay actualmente motivo alguno para establecer esa tajante separación entre zona nacional y zona roja a efectos registrales. Es cierto que, a raíz de la contienda, una serie de disposiciones con celo muy justificable, pero de dudosa legalidad (las Ordenes de 12 de agosto de 1938, 29 de septiembre del propio año y, sobre todo, la Orden de 8 de marzo de 1939), partían de la nulidad de múltiples actuaciones registrales de la época roja. Pero el panorama cambia totalmente con el nuevo Reglamento del Registro civil, cuyas disposiciones transitorias 11.^a y 12.^a parten precisamente, según resulta claramente de su texto, del principio opuesto: «dar por supuesta la legitimidad —a efecto de la validez de los asientos y actos registrales de estado civil— de la actuación de los funcionarios registrales al servicio de la Administración roja». Comentarista tan autorizado como Peré Raluy lo afirma así literalmente (8).

No hay necesidad de que nos extendamos en este asunto. Sólo nos interesa resaltar que pretender —como parece entender esta Sentencia— que las actuaciones registrales en zona roja, solamente por este hecho, van a estar afectadas de nulidad, constituiría una perturbación tan descomunal de la seguridad jurídica que, sin más consideraciones, no es posible defender en serio tal tesis. No se puede dejar en el aire el estado civil de un número tan elevado de españoles.

(8) Vid. sobre esta cuestión las atinadas observaciones del autor citado en su *Derecho del Registro civil*, Aguilar, 1962, T. II, págs. 1012 a 1021.

6. El segundo considerando de la Sentencia empieza añadiendo, a mayor abundamiento, una razón de tipo procesal para mantener el fallo de la Audiencia, cual es que no se ha impugnado, en el motivo del recurso, el considerando de la sentencia recurrida sobre la validez del reconocimiento voluntario por declaración ante el Juez Encargado (art. 49 de la L. R. C.), según la interpretación realizada por la Audiencia de la Disposición transitoria de la Ley del Registro civil.

Es cierto que, en el estricto terreno procesal, tiene aquí razón el Tribunal Supremo. El rigorismo formal que preside el recurso de casación lleva muchas veces a tales resultados. Ahora bien, no está de más observar que, en cuanto al fondo, el argumento es totalmente insatisfactorio. Por de pronto, viene a ser innecesario y contradictorio con el esgrimido en el primer considerando. Si la comparecencia ante el Juez Municipal era, en el sistema del Código civil, según se nos ha dicho, una forma válida de reconocimiento voluntario, no se comprende por qué hay que fundamentar además esa afirmación en una pretendida eficacia retroactiva de esa misma forma de reconocimiento establecida en una Ley posterior. La contradicción es patente.

Pero, sobre todo, esa pretendida eficacia retroactiva no tiene base alguna, tal como está planteada. Ciertamente que al no recogerse en el extracto de la Sentencia del Tribunal Supremo los fundamentos jurídicos de la sentencia de la Audiencia, no podemos saber a ciencia cierta cuáles son las razones en que se base ésta. No obstante, no se nos alcanza cómo es posible sostener esa interpretación de la Disposición transitoria de la Ley del Registro civil. La interpretación de la Audiencia, sean cuales sean sus argumentos, no es defendible.

En efecto, la única disposición transitoria de la L. R. C., en su primer párrafo —el único que puede interesar ahora—, dice así: «La presente Ley regirá, respecto de los hechos acaecidos, a partir de su vigencia, y en cuanto a los anteriores, sujetos a inscripción, aún no inscritos». Este principio tan general equivale, como pone de relieve Peré Raluy (9), a afirmar que las actuaciones registrales deben regirse por la Ley vigente al tiempo de la práctica de las mismas. Por tanto, en principio, si lo inscrito estaba afectado de nulidad bajo el imperio de la Ley de 1870, seguirá siendo nulo después por más que la Ley de 1957 establezca lo contrario para lo sucesivo. Ni la Disposición transitoria de la nueva Ley, ni el artículo 49 de la misma, dan pie para sostener esa eficacia retroactiva, casi taumatúrgica, de sus preceptos.

En fin, no debe olvidarse, de acuerdo con la mejor doctrina (10), que el principio general de irretroactividad contenido en el artículo 3.º del Código civil establece una presunción *casí invencible* para que pueda pretenderse en contra de ella que una disposición cualquiera llegue a alcanzar una eficacia retroactiva, no de grado mínimo o medio, sino de grado máximo —convertir lo nulo en válido—, cual es la que se intenta predicar respecto del artículo 49 de la Ley del Registro civil (10 bis).

(9) Ob. cit., T. II, pág. 1002.

(10) DE CASTRO: *Derecho civil de España*. T. I, Madrid, 1955, pág. 724.

(10 bis) Debemos aclarar que todo lo dicho en el texto vale para la interpretación que se quiera basar *exclusivamente* en el artículo 49 y en la Disposición transitoria de la Ley del Registro civil. Porque existe un precepto expreso, olvidado por la Audiencia y por el Tribunal Supremo, que permite afirmar

7. Al final de este segundo considerando, la Sentencia indica que, por no haber sido combatido en este punto, queda en pie el fallo de la Audiencia en cuanto afirma la existencia de la posesión de estado de hija natural en la actora.

Nos trasladamos, pues, del campo del reconocimiento voluntario al ámbito del reconocimiento forzoso. Desde luego, en teoría no se ve inconveniente para que la acción derivada del artículo 135 del Código civil se ejercite conjunta y subsidiariamente con la derivada del artículo 131 del mismo Código y para el caso de que ésta no prospere.

Ahora bien, lo curioso es que, a diferencia de lo que ocurría, según hemos visto, con el argumento anterior de este mismo considerando, el argumento actual, si está justificado sustantivamente, no lo está en cambio, formalmente: el Tribunal Supremo no tenía por qué haber respetado la decisión de la Audiencia sobre este punto. Y es que, si bien no hay duda de que los hechos probados confirman plenamente que la actora gozaba de la posesión de estado de hija natural, tal como la define el artículo 135, 2.º del Código civil, el Tribunal Supremo, lo mismo que la Audiencia, parecen olvidarse de la limitación que para el ejercicio de la acción de reconocimiento forzoso contiene el artículo 137 del Código civil, según el cual esta acción sólo puede ejercitarse en vida del presunto padre, salvo dos supuestos de excepción, ninguno de los cuales se da en el caso contemplado. Y estos plazos del artículo 137, de acuerdo con la doctrina y según el propio Tribunal Supremo (véase la Sentencia de 23 de junio de 1961), lo son, no de prescripción, sino de caducidad, con la importante consecuencia de poder ser apreciados de oficio por los Tribunales. El Tribunal Supremo, por tanto, no estaba obligado a mantener en este extremo la sentencia de la Audiencia, sino que podía perfectamente haber apreciado de oficio la caducidad de la acción ejercitada (11).

8. El tercero y último considerando pone de relieve que el recurso de casación, dirigido a impugnar el reconocimiento, ha sido formalizado únicamente por el comprador de los bienes hereditarios, el cual nunca puede considerarse legitimado, en esta situación procesal, para el ejercicio de una acción de estado civil.

Realmente este argumento causa verdadera perplejidad. Ya la referencia a la situación procesal no resulta nada clara. Pero, sobre todo, llama la atención la seguridad con que el Tribunal Supremo excluye al comprador de la herencia de las personas legitimadas para impugnar el reconocimiento voluntario conforme

la convalidación de la inscripción nula practicada. Nos referimos a la Disposición transitoria novena del Reglamento del Registro civil cuyo segundo párrafo establece que: "*son eficaces los asientos basados en título suficiente, conforme a la nueva legislación, aunque no lo fuere según la antigua*". Esta disposición concreta permite defender la eficacia retroactiva de la nueva forma de reconocimiento por comparecencia ante el Juez.

Vid. sobre este punto PERÉ RALUY, ob. cit., T. II, pág. 1009.

(11) No está de más recordar que en el expediente gubernativo para la inscripción de la filiación natural, introducido por el artículo 49 de la Ley del Registro civil, no rigen los plazos del artículo 137 del Código civil, según declara taxativamente el artículo 188 del R. R. C. y han tenido ocasión de concretar numerosas Resoluciones de la Dirección General de los Registros.

al artículo 138 del Código civil, sin dar razón alguna para esta exclusión. Lo cierto es que la amplitud con que está redactado dicho artículo 138 lleva lógicamente a la solución opuesta. Si el reconocimiento de la filiación natural puede ser impugnado «por aquellos a quienes perjudique» sin más especificaciones, lo correcto es entender, siguiendo a Albaladejo (12), que «a tenor de las palabras del Código es admisible la impugnación basada en cualquier clase de perjuicio, tanto en derechos sucesorios como en otros, y lo mismo en el perjuicio patrimonial que en el no patrimonial».

El perjuicio patrimonial del comprador de los bienes hereditarios es evidente, pues la eficacia del reconocimiento lleva consigo la preterición en que incurre el testamento, la nulidad del título de la vendedora y de la compraventa por ésta realizada; evidente debería ser, asimismo, su legitimación para impugnar el reconocimiento.

* *
*

De este rápido y, probablemente, superficial examen sobre los argumentos de esta Sentencia, obtenemos la conclusión de que únicamente por una razón puramente formal —la señalada a mayor abundamiento al principio del segundo considerando— resulta fundado el fallo. Los restantes argumentos utilizados por el Tribunal Supremo nos parecen equivocados y el relativo a nulidad de actuaciones en zona roja gravemente peligroso, además, para la seguridad jurídica.

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS

(12) Ob. cit., págs. 209 y 210.

II. SENTENCIAS

A cargo de José M. BURGOS, José BONET CORREA, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Gabriel GARCIA CANTARERO, Angel LUCINI CASALES, José PERE RALUY, José POVEDA DIAZ, Ricardo RUIZ SERRAMALERA y Manuel TRENZADO.

DERECHO CIVIL.

I. Parte general.

1. CAPACIDAD CIVIL DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: LEY EXTRANJERA QUE NO RECONOCE TÍTULOS NOBILIARIOS: *Si bien el artículo 61, párrafo último de la vigente Constitución de Venezuela, dispone que no se reconocerán títulos nobiliarios, ni distinciones hereditarias, ello no priva de la libertad de pedir, obtener y usar tales títulos, conforme a la legislación de un país que los admite; siendo de naturaleza prohibitiva el precepto transcrito, hay que interpretarlo restrictivamente y por ello es bastante que tales títulos no se reconozcan oficialmente, aunque de modo particular puedan usarse, incluso en la misma Venezuela.*

NATURALEZA DEL TÍTULO NOBILIARIO: *Por naturaleza propia, el título nobiliario no afecta a los derechos y deberes de familia ni atañe al estado, condición y capacidad legal de las personas y se sale fuera del ámbito señalado en el artículo 9.º del C. c.; supone la distinción honorífica un matiz histórico y su naturaleza política hace que se confiera a su titular y al sucesor del mismo para que su invocación constituya un recuerdo de aquél; no afecta a la capacidad civil ni a la condición o estado de las personas y se refiere exclusivamente al primer titular para honrarle y, en su caso, al poseedor sucesivo del título para dignificar a aquél; la intervención del Ministerio Fiscal en los pleitos sobre títulos nobiliarios viene impuesta por la necesidad de evitar en la materia las transacciones y compromisos; aun considerando el derecho familiar de reclamar las dignidades nobiliarias como una acción marcadamente civil, la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción española respecto a extranjeros, se ve facilitada por el artículo 27 C. c.*

POSESIÓN CIVILÍSIMA: *El privilegio de la posesión civilísima de la Ley 45 de Toro, le corresponde no sólo al óptimo sucesor o heredero único del mayorazgo, sino también al llamado legítimamente, o sea, a quien tenga aún mejor derecho, si bien con la diferencia de que al primero le asiste ese privilegio con carácter absoluto frente a todos los demás aspirantes, y en cambio al segundo sólo lo tiene con carácter relativo, esto es, con quien ostente un derecho de categoría inferior.*

MEJOR DERECHO: *Lo ostenta el demandado por ser pariente en línea directa del primer concesionario del título, frente al demandado, que lo es en línea colateral.* [S. de 21 de mayo de 1971; no ha lugar.]

COMENTARIO.—El caso resuelto por esta sentencia es singular y no suele ser tratado por la doctrina especializada. Cfr. ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, 3.^a edición, I (Madrid, 1968), págs. 224 ss., y bibliografía que cita. La argumentación de la sentencia parece correcta, aunque acaso no conceda todo el relieve que puede darse al artículo 27 del C. c., al que, sin embargo, también cita, pero de modo marginal. En cuanto a la naturaleza del título nobiliario, la sentencia se esfuerza por eludir la aplicación del artículo 9.º C. c., llamando la atención sobre el carácter político y honorífico del mismo. Para ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, I (Barcelona, 1960), págs. 274 s., el título nobiliario es un nombre civil cuyo fin no es individualizar a la persona, sino hacerle una especial distinción honorífica, y aunque su naturaleza es igual que la del derecho al nombre ordinario, no reúne totalmente los caracteres que se han señalado para los más típicos derechos de la personalidad. Puede, fundadamente, plantearse la duda de si esta materia pertenece al estado civil de las personas. (G. G. C.)

2. ARRENDAMIENTOS URBANOS: QUEBRANTAMIENTO DE LAS FORMALIDADES ESENCIALES DEL JUICIO: *La alegada falta de legitimación pasiva por no haber sido demandada la propietaria del inmueble, sino sólo su esposo, y la consiguiente indefensión de aquélla, es cuestión que no se contrae a simples formalidades del juicio, sino que guarda conexión con el fondo discutido.*

LEGITIMACIÓN PASIVA DEL ESPOSO DE LA PROPIETARIA DEMANDADO EN ARAGÓN: *El marido demandado es administrador de los bienes privativos de su mujer con amplias facultades (art. 48 de la Comp.), siendo el arrendamiento por él otorgado acto válido de administración, aparte de que se ha probado que el bien inmueble arrendado tenía la consideración de bien común como adquirido a título oneroso constante matrimonio.*

APLICACIÓN DEL DERECHO FORAL: *Frente a esa fundamentación legal y afirmaciones fácticas del Tribunal sentenciador, no puede ser suficiente que el impugnante se limite a alegar que "es poco usado el Derecho aragonés", sin argüir, siquiera, la razón de que sus normas no sean aplicables, olvidando con ello lo establecido en los artículos 5 y 12 del C. c., así como el respeto que este T. S. debe a la legislación foral.*

CUESTIÓN NUEVA: *La alegada ahora suspensión de pagos del demandante es cuestión nueva que no puede ser examinada en este recurso.* [S. de 28 de junio de 1971; no ha lugar.]

3. INTERPRETACIÓN: *La de los contratos es materia encomendada a los juzgadores de instancia, sólo revisable en casación cuando se demuestre que la exégesis hecha en la misma da un resultado que pueda estimarse como absurdo, irracional, ilógico o arbitrario, y ello aun cuando en el particular exista alguna duda.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No lo es, a efectos de casación, el contrato base (documento privado), ni la notificación de la contribución urbana en régimen de investigación.*

ERROR DE DERECHO: *Es preciso citar el artículo valorativo de prueba infringido. [S. de 30 de abril de 1971; desestimatoria.]*

4. INTERPRETACIÓN: *La que efectúan los juzgadores de instancia con el empleo de todos los elementos probatorios que se someten a su valoración, tiene forzosamente que prevalecer a la que particularmente lleva a cabo el recurrente, a menos que se lograra poner de manifiesto que era ilógica, absurda o incongruente. [S. de 18 de mayo de 1971; desestimatoria.]*

5. INTERPRETACIÓN: *La labor interpretativa de los contratos está atribuida privativamente al Tribunal de instancia y ha de ser respetada, aun en caso de duda, por estimarse no se infringen los preceptos que sobre hermenéutica se contienen en el Código civil, de no resultar en forma notoria en relación con el texto interpretado, ilógica, irracional, errónea o absurda. [S. de 9 de marzo de 1971; desestimatoria.]*

6. INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL: *Es facultad primordial de las Salas de instancia, y a su discernimiento ha de estarse y permanecer en casación, mientras no resulte violento, arbitrario, fuera de toda exégesis.*

HECHO JURÍDICO: *La realidad del mismo constituye una mera cuestión de hecho, mientras que la definición de la relación jurídica engendrada entraña un verdadero problema de derecho. [S. de 13 de marzo de 1971; desestimatoria.]*

7. INTERPRETACIÓN: *La del contenido clausular de los contratos es privativa del Tribunal de instancia y debe ser respetada en casación, mientras resulte lógico y no desorbitado el texto que se interpreta, con exégesis atentatoria a su letra y a su espíritu.*

PRUEBA: *El artículo 1.214, por su carácter genérico y no referirse a la apreciación de la prueba, ni tender a regular el valor y eficacia de cada elemento probatorio, no puede servir de base a la casación.*

PERJUICIOS: *La apreciación de su existencia compete al Tribunal sentenciador. [S. de 30 de abril de 1971; desestimatoria.]*

ERROR DE DERECHO: *No es lícito, cuando la prueba ha sido apreciada en su conjunto, separar alguna de ellas para reprochar haber incidido en equivocación.*

PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO: *Admite como tal el de "actore non probanda, reus est absolvendus". [S. de 15 de diciembre de 1971; desestimatoria.]*

9. PRUEBA DE CONFESIÓN: INDIVISIBILIDAD: *Si bien es cierto que la confesión judicial no puede dividirse, como determina el artículo 1.233 del C. c., no lo es menos que una de las excepciones a dicho principio radica en el supuesto de que una parte de la confesión esté probada por otros medios.*

RECURSO DE CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *La congruencia supone la adecuación no de los considerandos, sino del fallo, al suplico de la demanda. [S. de 29 de enero de 1971; no ha lugar.]*

10. DOCUMENTOS PRIVADOS: EFICACIA PROBATORIA: *La fecha de los documentos privados no sólo surte efectos con relación a terceros en los casos previstos en el artículo 1.227 del C. c., sino también desde que su fecha quede averada por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 1.215 del C. c., según han reconocido las Ss. de 20 de diciembre de 1956 y 4 de febrero de 1957.*

TERCERÍA DE DOMINIO: TÍTULO PARA SU EJERCICIO: *Ha de tenerse presente que la acción de tercería no está basada en la mera posesión del vehículo, sino en el documento privado de fecha cierta, anterior a la aprehensión de efectos y al embargo trabado por el Tribunal de Contrabando y Defraudación, y por el que el tercerista adquirió el vehículo de persona distinta al condenado por contrabando.*

TERCERÍA DE DOMINIO Y ARTÍCULO 464 DEL C. c.: *Aunque no existiera tal título escrito, siempre resultaría que la persona que transmitió el vehículo al tercerista se hallaba protegida por la presunción de legitimidad que el artículo 464, en relación con el artículo 434 del C. c., establece en favor del poseedor de buena fe. [S. de 14 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

11. PRUEBAS PERICIAL Y TESTIFICAL: APRECIACIÓN: *La apreciación de dichas pruebas por los Jueces y Tribunales solamente está sometida a las reglas de la sana crítica. Como consecuencia de ello, su valoración no es impugnabile en casación. [S. de 2 de junio de 1971; no ha lugar.]*

12. PRUEBA DE PRESUNCIONES: *No existe enlace lógico entre los hechos base que proclama la sentencia recurrida y las consecuencias que de ellos deduce, porque si el precio de cada partida de ganado no se determinaba hasta las veinticuatro horas siguientes a su recepción, no resulta ajustado a las reglas del criterio humano, admitir que dicho demandado, el día 4 de octubre de 1968 podía anticiparse a fijar el peso de las partidas de ganado que había de recibir los días 12, 15 y 16 de dicho mes. [S. de 11 de mayo de 1971; ha lugar.]*

13. PRUEBA DE PRESUNCIONES: IMPUGNACIÓN: *En materia de presunciones, por su naturaleza, incumbe al Tribunal su apreciación, pudiendo sólo atacarse en el recurso cuando la deducción no se sujeta a las reglas indeterminadas del criterio humano, resultando absurda, ilógica o inverosímil. [S. de 29 de mayo de 1971; no ha lugar.]*

14. PODER Y MANDATO: LÍMITES INTERNOS DE ÉSTE: *La invocada limitación del mandato y la interna vinculación del mandatario serán tan sólo determinantes de las obligaciones entre mandante y mandatario, pero no afectan para nada a quien hizo un préstamo a los poderdantes a través del apoderado que para ello tenía facultad documentalmente comprobable.*

LÍMITES INTERNOS DEL MANDATO: *Esa posible extralimitación de los convenios particulares entre las partes no puede trascender, en su eficacia, a quien de buena fe contrató con el apoderado, ya que, de otra manera, la seguridad jurídica que se persigue con los negocios quedaría frustrada a voluntad de un contratante de mala fe. [S. de 17 de mayo de 1971; no ha lugar.]*

15. INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA INVOCACIÓN DE INFRACCIÓN POR INAPLICACIÓN E INFRACCIÓN POR INTERPRETACIÓN ERRÓNEA: *Si una norma jurídica es interpretada por la sentencia recurrida, aunque sea equivocadamente, no se puede decir que no haya sido tenida en cuenta.*

RENDICIÓN DE CUENTAS: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *Conforme al artículo 1.972 C. c., el cómputo del término de prescripción de la acción no depende de la temporalidad de la obligación de rendirlas, sino de la fecha en que los obligados cesen en sus cargos.*

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: *No puede entenderse infringido por aplicación indebida el artículo 1.255 C. c., ya que, según la premisa fáctica de la sentencia recurrida, en el oportuno contrato de compraventa los recurrentes aceptaron voluntariamente la administración de la casa y la obligación de rendir cuentas, es decir, que dicho contrato generó, como efecto directo e inmediato derivado del artículo 1.089 C. c., una relación obligacional unilateral a cargo de los recurrentes y el derecho correlativo a favor del recurrido. [S. de 15 de abril de 1971; no ha lugar.]*

NOTA.—A: los hechos, indiscutidos, que motivaron el pleito origen de esta sentencia aparecen resumidos de la forma siguiente en el primer considerando de la propia sentencia: A) La causante del actor y hoy recurrido, dueña de diversos bienes, entre ellos una casa situada en Málaga, otorgó testamento el 28 de abril de 1928, por el que legó el usufructo vitalicio de dicho inmueble a doña J. C. R., cediendo el dominio de éste a los descendientes de la usufructuaria, disponiendo que, en defecto de hijos, o, si falleciere soltera, se transmitiría el dominio a los hijos o descendientes de sus tres hermanos premuertos. B) La testadora falleció el 18 de enero de 1929. Los tres albaceas testamentarios que designó, uno de ellos el recurrido, entregaron el legado de usufructo mediante escritura de 1 de junio de 1929. C) Fallecida la legataria, en estado de soltera, el 21 de diciembre de 1940, fue adjudicado el dominio de la casa mencionada a los descendientes de los hermanos premuertos, concurriendo todos, por estirpes, a la herencia. D) Los descendientes de uno de los hermanos premuertos, dueños de una tercera parte indivisa de la casa, y la hija de otro de los hermanos, dueña de una novena parte del inmueble, por tanto titulares de cuatro novenas partes, vendieron tales porciones indivisas a los hoy recurrentes, otorgando escritura pública de fecha 15 de julio de 1944, en la que, entre otras estipulaciones, figura la cuarta, apartado d), que literalmente dice: "al afirmarse la presente escritura, por cualquiera de los hoy vendedores se hará a los inquilinos de la finca la presen-

tación de los nuevos dueños, los que desde tal fecha serán los encargados de realizar todos los cobros y pagos correspondientes a la misma, quedando obligados, por su parte, los nuevos propietarios a practicar la liquidación mensual de las partes correspondientes a los ausentes, de las que se hará cargo, en nombre de todos ellos, D. J. C. M. —hoy el recurrido—, mediante recibo". E) El actor intervino en la escritura de compraventa mencionada como titular dominical de su participación en la tercera parte de la casa vendida y no como representante legal de los copropietarios ausente, dueños de una tercera parte del predio, como descendiente de otro hermano de la causante, ni como albacea testamentario; y F) Los recurrentes no han cesado en la administración de la casa.

Después de transcurridos más de veintitrés años desde la fecha de la referida escritura de compraventa; el actor, tras de requerir privadamente a los demandados sin resultado positivo, para que rindiesen cuentas, les demandó ante el Juzgado de Primera Instancia, el cual desestimó la demanda. Apelada la sentencia, fue revocada por la Audiencia, que condenó a los demandados a rendir cuentas al actor de la administración por aquéllos llevada y a que entreguen a éste el saldo que arrojen dichas cuentas. Frente a tal pronunciamiento, los demandados formularon recurso de casación, planteando, en síntesis, las siguientes cuestiones: A) No es válida la estipulación 4.ª, apartado d) de las de la escritura de compraventa de 15 de julio de 1944. B) Hubo error en el consentimiento sobre la persona del hoy recurrido, que lo invalida, en cuanto a dicho apartado y estipulación, y C) Está prescrita la acción ejercitada para exigirles la rendición de cuentas. Es de advertir, respecto a dichas cuestiones, que todos los argumentos empleados tienen como denominador común el prescindir totalmente de la premisa fáctica de la sentencia recurrida, ya que no atribuyen validez a la estipulación contractual mencionada, porque el recurrido intervino en dicho contrato como representante de los copropietarios ausentes, sin autorización o representación de ellos y como albacea testamentario, sin serlo (art. 1.259 C. c.). El error sobre la persona lo hacen consistir en que creyeron en la actuación del recurrido con la doble cualidad mencionada y posteriormente supieron que hacía tiempo había terminado su mandato y que no había certeza de la existencia de los ausentes (arts. 1.261, 1.265 y 1.266 C. c.). Y fundamentan la prescripción de la acción en que el tiempo de prescripción corre desde el día en que cesaron en sus cargos los que debían rendirlos y que, conforme al contrato, la obligación sería mensual, por serlo el cobro de las rentas y la liquidación (1.964, 1.966 y 1.972 C. c.).

B: Como hemos visto en el extracto de la sentencia, el Tribunal Supremo desestima esta argumentación, con una serie de razonamientos que, a mi juicio, si bien es cierto que pueden conducir a un resultado aceptable de cara al caso concreto, no dejan de suscitar cierta perplejidad, especialmente por la escasísima relevancia que se concede a la situación de comunidad ordinaria, aunque incidental, que se produce entre los compradores demandados y los herederos copropietarios ausentes, así como por lo desdibujada que queda la obligación de rendir cuentas, contemplada desde el lado activo, esto es, desde el ángulo del acreedor. Sin entrar en disquisiciones acerca de la naturaleza y alcance de esta obligación, que tan descuidada aparece en la sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, es lo cierto que la falta de interés legítimo del actor, quien claramente actúa en nombre de terceros sin estar por ellos autorizado ni ostentar su representación legal, obliga al T. S. a invocar la existencia de "una relación obligatoria y unilateral" a cargo de los demandados, que deja imprejuizado el tema de quién puede exigirla.

En el fondo parece latir la preocupación de evitar un enriquecimiento injusto a favor de los demandados, pero ello supone olvidar que este enriquecimiento injusto se puede desplazar hacia el lado del demandante, no sólo porque éste, en principio y por hipótesis, no tendrá a nadie que le exija la rendición de las cuentas que él debería como gestor de negocios ajenos sin mandato —aparte de que pueda entenderse producida la revocación a que alude el inciso final del artículo 1.259 C. c. respecto de la tan repetida obligación convencional de

rendir cuentas—, sino también porque pudiera haberse dado el caso —poco probable, pero no imposible— de que los demandados practicasen la liquidación de cuentas y ésta arrojase un saldo negativo, es decir, favorable a ellos mismos, en cuya hipótesis es verosímil pensar que el actor habría rehusado enjugar el saldo en nombre de sus presuntos representados. (A. L. C.)

II. DERECHOS REALES.

1. JURISPRUDENCIA: MISIÓN DE LOS TRIBUNALES: APLICACIÓN DE LA LEY DEL SUELO: *Por dolorosa y sensible que parezca la postergación de derechos civiles que puede resultar de la aplicación de la Ley del Suelo, no puede dejar de aplicarse por los Tribunales, que deben abstenerse de formular juicios críticos sobre situaciones que sólo pueden ser resueltas mediante un cambio legislativo.*

LEY DEL SUELO: IRRETROACTIVIDAD: *No obsta a la irretroactividad de la Ley del Suelo que su artículo 149 se aplique a los arrendamientos vigentes en el momento de su entrada en vigor. Si solamente pudiera aplicarse, a los arrendamientos posteriores, se contrariaría el carácter público-administrativo de la misma. [S. de 23 de junio de 1971; ha lugar.]*

HECHOS.—Contrato de arrendamiento de local de negocio celebrado en 1942. En dicho contrato existe una cláusula que dice que si el arrendador se viera obligado a elevar el edificio por órdenes inexcusables de las autoridades gubernativas, dichas obras se ejecutarían de forma que durante las mismas permitieran la continuación del negocio. En 1965 el arrendador solicita y obtiene la inclusión de la finca en el Registro Municipal de Solares e Inmuebles de edificación forzosa, como consecuencia de lo cual se ordena al arrendatario abandonar la finca. Aparte cuestiones administrativas dilucidadas ante la jurisdicción competente, el arrendatario solicita que se declare subsistente el contrato de arrendamiento y que las obras se realicen respetando la cláusula antes referida. El demandado se opone basándose en el artículo 149 de la Ley del Suelo, que establece que, incluida una finca en el Registro expresado, se producirá la definitiva extinción de los arrendamientos, sin que tenga el arrendatario derecho a la reserva de locales o habitaciones, y afirmando que es imposible la nueva edificación sin afectar al local arrendado. El Juez de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia la estima totalmente y el Tribunal Supremo casa la sentencia, dando la razón al Juez de Primera Instancia.

COMENTARIO.—Nos parece totalmente lógica la sentencia. Y creemos digna de aplauso la doctrina que se mantiene en el primero de los considerandos extractados, que limita la función judicial a la aplicación de la Ley, sin permitirle soluciones que sólo se pueden lograr mediante un cambio legislativo. (J. P. D.)

2. FORMALISMO DE LA CASACIÓN: *Es necesario citar con claridad y precisión el precepto infringido, haciéndolo de un modo concreto y determinado y no alegando la vulneración de la totalidad de una Ley o un capítulo entero de ella.*

ANULACIÓN: *Para que los Tribunales puedan anular de oficio el acto o negocio jurídico que se hubiere sometido a su conocimiento, es necesario que se acredite cumplidamente en el pleito, que el mismo se concertó contrariando*

las prescripciones contenidas en algún precepto legal, y que la sanción impuesta por ésta al infractor es la nulidad, y no otra cosa distinta.

COMPRAVENTA: *No es posible dividir la convención y el precio en dos porciones distintas, una hasta el tipo de la tasa y otra en cuanto exceda de ésta a efectos de nulidad, por ser únicos ambos preceptos. (Vivienda bonificable vendida a precio superior al señalado.)*

VIVIENDA BONIFICABLE: NOTIFICACIÓN DE ESTA CONDICIÓN: *Ningún precepto impone al vendedor el deber de hacer constar en el contrato que la finca de que se trata está acogida a la legislación de Viviendas Protegidas, pudiéndolo averiguar el comprador por la publicidad registral. [S. de 28 de abril de 1971; desestimatoria.]*

3. ACCIÓN REIVINDICATORIA: PRUEBA DEL DOMINIO DEL ACTOR: *Carece de justo título de dominio el actor que afirma que su titularidad no es ordinaria, normal o libre, por no haber tenido intención de comprar para sí, sino para persona distinta. El artículo 348 del C. c. ampara al que ostenta realmente la cualidad de propietario, nunca al que de modo explícito ha reconocido no habersc considerado nunca dueño de la finca objeto de pleito.*

FORMACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL: *No pueden sobrepasarse en los escritos de réplica y dúplica los términos esenciales del pleito establecidos en la demanda y contestación.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS: *No puede imputarse a una Sentencia interpretación errónea de un precepto no citado por la misma. Es preciso citar expresamente en qué concepto se considera infringido un precepto legal. [S. de 12 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

HECHOS.—A compra una finca a B en escritura pública que no se inscribe. Posteriormente, y por deudas de B, la sociedad X embarga la finca. A interpone tercería de dominio, afirmando en el escrito de réplica que compró la finca, no por su propia cuenta, sino por cuenta de la sociedad Y. En Primera Instancia se da la razón al tercerista. Apelada la Sentencia por la sociedad embargante X, la Audiencia la revoca afirmando que no puede ejercitar la tercería de dominio, que es una acción reivindicatoria, quien “carece del señorío abstracto y unitario sobre la finca litigada”. El Tribunal Supremo confirma la Sentencia en base a los argumentos antes expuestos.

COMENTARIO.—Como se deduce de los hechos, estamos ante el supuesto de un negocio fiduciario. El Tribunal Supremo niega que corresponda la propiedad al fiduciario, y en base a esta negación le niega facultad para reivindicar.

No podemos dejar de estar de acuerdo con la primera de estas conclusiones. Parece claro que en nuestro ordenamiento jurídico, por virtud del sistema eminentemente causalista que adopta, el fiduciario no es verdadero propietario. Pero nos permitimos disentir de la segunda conclusión. En efecto, el que no sea verdadero propietario no debe traer aparejada sin más la conclusión de que no puede ejercitar la acción reivindicatoria, ya que, aunque sin tener la cualidad de propietario, hay que reconocer en el fiduciario facultades de administración y defensa de la cosa. (J. P. D.)

4. ACCIÓN REIVINDICATORIA: IDENTIDAD DE LA COSA: *Es una cuestión de hecho que sólo puede ser impugnada por el cauce del número 7 del artículo 1.692 LEC. [S. de 22 de diciembre 1970; no ha lugar.]*

5. ACCIONES REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA DEL DOMINIO: PRUEBA DEL DOMINIO DEL ACTOR: *En ambas acciones es requisito imprescindible que el actor pruebe el dominio de la cosa, no bastando que niegue valor al título del demandado.*

BIENES DE DOMINIO PÚBLICO: PRUEBA: *No puede estimarse que una finca es de dominio público cuando no se ha probado por el Ayuntamiento demandante la posesión inmemorial de la misma, ni tampoco su afectación a un servicio público, ni tales hechos resultan de inventarios ni de otros documentos de análoga entidad. [S. de 10 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

NOTA.—El Tribunal de Segunda Instancia estimó que no era necesaria la prueba del dominio por el actor, por tratarse más que de una acción reivindicatoria o declarativa del dominio, de una acción genérica entablada para obtener la calificación jurídica de la finca objeto del litigio. El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación en virtud de los considerandos extractados.

6. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD: TEORÍA DEL TÍTULO Y MODO: *No puede considerarse como dueño a los efectos de poder ejercitar tercería frente a un embargo si resulta que, por una parte, el título que se alega es un contrato de compraventa hecho en documento privado cuya fecha no tiene autenticidad hasta después de practicado el embargo, y por otra, no se ha producido la tradición, por lo que faltaría en todo caso el modo para la adquisición del dominio.*

TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITOS: *La tercería de dominio, que es por su naturaleza una acción reivindicatoria, exige en el tercerista la concurrencia de dos requisitos básicos: la demostración del título legítimo del dominio y la identificación de la cosa que se pretende reivindicar. [S. de 15 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

7. INTERDICTO DE OBRA NUEVA: LEGITIMACIÓN ACTIVA: PERSONALIDAD DEL ACTOR (PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS EN RÉGIMEN DE P. H.) Y DEL PROCURADOR: FINALIDAD DEL INTERDICTO: PROTECCIÓN POSESORIA: *Interpuesto recurso por quebrantamiento de forma, no pueden prosperar los motivos 1.º y 2.º por los que se alegan, respectivamente, la falta de personalidad del Procurador de la parte actora e igual defecto en cuanto a esta última, el primero porque en el poder otorgado por el Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa núm. ..., éste justificaba su condición mediante la presentación al Notario autorizante del libro de actas de dicha Comunidad, que es testimoniado, y del que aparece en primer término el acuerdo de nombramiento como presidente, a favor del demandante, así como que en dicha Junta se acuerda por unanimidad de los asistentes dar plenos poderes al Presidente de la Comunidad para actuar, bien administrativa o judicialmente, en defensa de los derechos de la Comunidad, evitando los problemas que le causaría la instalación de la Galería*

de Alimentación, obra a la que la suspensión acordada se refiere, y no desvirtuada la legitimidad del libro de actas testimoniado, es innegable la capacidad del Presidente de la Comunidad para conferir el poder impugnado; y en cuanto al segundo se refiere, por serle aplicable los fundamentos expuestos, y porque el actor no demandó como mero propietario de la casa, sino con el carácter de Presidente de la Comunidad, y cabe agregar que, dada la finalidad del interdicto—la protección de la posesión de mero hecho—, es totalmente improcedente la exigencia de justificar el dominio del demandante.

LEGITIMACIÓN PASIVA: PERSONALIDAD DEL DEMANDADO: *Tampoco puede prosperar el motivo por el que se invoca esta excepción ya que, independientemente de que el demandado, ahora recurrente, reconoce que indujo a la ejecución de la obra y de que la sentencia afirma que es dueño de la Galería y que ordenó su ejecución, la cuestión fundamental radica en que el recurrente es demandado como persona individual y tiene las calidades necesarias para comparecer en juicio, sin ostentar carácter o representación distinta de la que individualmente le corresponde, y el alegado defecto no cabe confundirle con la falta de legitimación pasiva, a la que esencialmente va dirigido el razonamiento del motivo que se examina. [S. T. S. de 30 de junio de 1971; no ha lugar.]*

8. PROPIEDAD HORIZONTAL: ACCIÓN CONFESORIA DE SERVIDUMBRE: LEGITIMACIÓN ACTIVA: COMPATIBILIDAD DE LA DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD Y LA DE LOS COMUNEROS: *La cuestión que se plantea es si al presidente elegido por los copropietarios le corresponderá siempre la representación en juicio de la comunidad en los asuntos que la afecten, o, si tal representación es compatible con la de los socios (sic) que, individualmente, comparezcan en juicio a tal fin, se haya personado o no el presidente; y aunque la sentencia de instancia niega la legitimación activa de los socios comparecientes, es de ver cómo en la línea seguida por la jurisprudencia se afianza, cada vez más, el reconocimiento de tal legitimación; y así: a) en la sentencia de 10 de mayo de 1965 se reconoce que la denominada Propiedad Horizontal es una institución jurídica de naturaleza compleja en la que coexisten una titularidad dominical ordinaria sobre los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común o a la vía pública y un dominio "sui generis" sobre los demás elementos comunes del inmueble necesarios para su adecuado uso y disfrute. b) en la de 28 de abril de 1966 se hace la declaración de que, configurada esta especial institución como yuxtaposición de esas dos distintas clases de propiedad, se comprende fácilmente que todos los que sean titulares de ella, bien en conjunto, o bien aisladamente—y aun existiendo presidente designado—, podrán ejercitar toda clase de acciones tendentes al resarcimiento de daños o a la indemnización de perjuicios que se les haya irrogado, lo mismo en relación a sus propiedades exclusivas que con referencia a los elementos comunes. c) en la sentencia de 23 de abril de 1970 se afirma que el hecho de que el artículo 12 de la Ley de P. H. confiere 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 jurídica-*

mente protegido, en su participación indivisa en los elementos comunes. Y d), que no existe fundamento bastante para aceptar la legitimación activa de los socios para reclamar daños y perjuicios o para oponerse a la alteración de los elementos comunes y negarla en el caso presente, o sea, cuando se merme u obstaculice el ejercicio por el predio dominante de una servidumbre, agravado en el caso actual por ser los propietarios, ahora recurrentes, los que única o predominantemente han de sufrir las consecuencias del hecho y, por tanto, los mayores perjudicados y los que tienen especial interés en reprimir la infracción. [S. T. S. de 31 de mayo de 1971; ha lugar.]

NOTA.—Dividido un solar en dos sobre los que se han edificado sendas casas que llevan los números 6 y 8 de la calle, de Madrid, los propietarios de ambas, antes de construir y, por supuesto antes de su división y venta en régimen de P. H. convinieron en escritura pública la constitución a favor de la número 8—predio dominante— y a cargo de la número 6.—predio sirviente—, de una servidumbre de luces y vistas en un patio interior. Los propietarios del predio sirviente construyeron sobre dicho patio de tal manera que impedía el ejercicio de la servidumbre a los dueños de la planta comercial de la casa número 8, a la que prácticamente dejaron cegada, por lo que, considerándose casi únicos y exclusivos perjudicados, formularon ante el Juzgado demanda contra los propietarios constructores del inmueble número 6 y contra su comunidad de propietarios, ejercitando acción confesoria de servidumbre de luces y vistas y reclamando indemnización de daños.

El Juzgado acogió la excepción de falta de legitimación activa de los demandantes alegada por los demandados y, apelada la sentencia, fue confirmada por la Audiencia.

El Tribunal Supremo, en su primera sentencia, casa la de la Audiencia admitiendo la legitimación activa de los comuneros perjudicados—a los que reiterada e impropriamente denomina socios—en virtud de los razonamientos extractados —recogidos todos en el considerando primero—, y en su segunda sentencia declara existente la servidumbre con todas sus consecuencias en orden a la demolición de las obras obstativas de su ejercicio, si bien rechaza la indemnización de daños reclamada por los demandantes por no estar probado. (A. L. C.)

9. AGUAS PÚBLICAS Y PRIVADAS: *Para que las aguas privadas adquieran el carácter de públicas por salir del predio en que nacen, es necesario que se trate de aguas no aprovechadas que entran naturalmente en otros predios.*

RECURSO DE CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *No es incongruente la Sentencia desestimatoria, salvo que se funde en alegaciones no esgrimidas por las partes.* [S. de 9 de junio de 1971; no ha lugar.]

10. PROPIEDAD DE UNA LÍNEA DE FLUIDO ELÉCTRICO: CARÁCTER DE LAS SUBVENCIONES OFICIALES: INEXISTENCIA DE "LITIS CONSORCIO": *La aportación del Estado, provincia, municipio y comunidad de abonados al costo de una instalación eléctrica no comporta adquisición dominical, puesto que se trata de subvenciones que representan solamente un medio de cooperación, sin que por ello participen en su adquisición ni tengan que soportar una interpelación judicial derivada de la ejecución material de la obra, aunque sea pública, si se lesionan derechos de carácter civil al realizarla, sin posibilidad alguna para ensanchar la base de intervención procesal pretendida por la vía del "litis*

consorcio”, cuando, precisamente la orden invocada por los recurrentes atribuye la propiedad de la instalación a la empresa distribuidora del fluido, por lo que, en manera alguna pueda afectar este litigio más allá de las personas y corporaciones litigantes.

ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE: INCOMPATIBILIDAD CON EL ABUSO DEL DERECHO: *Resulta paradójico sostener que abusa de su derecho el propietario de unos predios que ejercita la acción negatoria de servidumbre, contra quien, sin haber obtenido la autorización de aquél, ni haber cumplido los trámites legales precisos para ocuparlos, se propasa al levantar o implantar en ellos unos postes y tiende una línea de conducción de energía eléctrica, lucrándose con su distribución; si existe un acto contrario a derecho es el del concesionario ocupante, y, por tanto, el ejercicio por el propietario que se ve atropellado, de las acciones que la ley le confiere, contra quien le atropella, no puede constituir un abuso de derecho, ya que para ello habría de acreditar que tal ejercicio se realizaba, precisamente, sin utilidad para su titular y sólo con el fin de causar daño a otro, es decir, sin un fin serio y legítimo, lo cual no se vislumbra en el caso de autos, en el que la demanda se limita a solicitar que se declare que sus predios están libres de la prestación de una servidumbre que se le quiere imponer contra su voluntad o sin haber cumplido los requisitos específicos que la Ley especial señala; el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre es el medio legítimo de librarse de la que, sin derecho alguno, pretenda imponerse, y como no se demuestra que se ejercita sin un fin lícito, no puede sostenerse que ello constituya un supuesto de abuso de derecho.*

PARTES PRINCIPALES Y ACCESORIAS: ACCESIÓN INVERTIDA O EXTRALIMITADA: *Es sofisticado el argumento que, con vistas a la denuncia de la violación del principio general “accessorium sequitur principale”, esgrime el recurrente al decir que “constituyendo la línea un todo indivisible tiene la cualidad de principal la parte de línea construida sobre los terrenos, muy superiores en extensión, no pertenecientes a la actora”, pues resulta evidente que una porción de ese todo no puede calificarse de accesoria, pues es tan principal como cualquiera otra porción.*

Igualmente resulta sofisticada la manera de argumentar respecto a que la plantación, en terreno ajeno, de unos postes para soporte de una línea de conducción de energía eléctrica, sea un supuesto de accesión invertida o extralimitada, porque ya ha declarado este Supremo Tribunal en su sentencia de 4 de julio de 1925, “para dar nacimiento al derecho de accesión, debe existir previamente dominio sobre el cual recaiga la misma, siendo ineficaces para producirla, aquellas construcciones o actos que se realizan contraviniendo a las leyes y rebasando las limitaciones impuestas al derecho de propiedad, ya se proceda con buena o mala fe; y, por otra parte, como sostiene la doctrina científica, al exigir el artículo 361 C. c. que el dueño del terreno indemnice al que de buena fe edificó, plantó o sembró, parte del supuesto de que dichas operaciones resultaron beneficiosas para él. [S. T. S. de 17 de junio de 1971; no ha lugar.]

11. **SERVIDUMBRE: CONSTITUCIÓN POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA:** *Hay interpretación errónea del artículo 541 del Código civil toda vez que la constitución por signo aparente de las servidumbres, y que la doctrina viene denominando por determinación o destino del padre de familia, precisa el cumplimiento de determinados requisitos. Y como el signo aparente de la servidumbre que es objeto de "litis", constituido por esa puerta de paso entre los fundos fue establecida por quien no era propietario de ninguno de ellos, puesto que uno lo era de su madre, de la que a su muerte lo heredó proindiviso con sus hermanos en el año 1934, y el otro lo era de sus hijos, que lo enajenaron, por lo que no llegaron a ser en ningún momento de un solo propietario, faltando dos de los requisitos esenciales y necesarios para tener por constituida la pretendida servidumbre por signo aparente o destino del padre de familia.* [S. de 21 de junio de 1971;

12. **SERVIDUMBRE: ACTOS DE MERA TOLERANCIA:** *La mera tolerancia del propietario de la finca, hoy recurrente, permitiendo el paso por ella de una línea telefónica, no afecta a la posesión conforme a lo prevenido en el artículo 444 C. c., ni significa que quedara constituida la servidumbre por la voluntad de las partes, voluntad que, por lo demás fue claramente manifestada en sentido contrario, esto es, en el sentido de que la Compañía Telefónica Nacional de España no adquiría derecho alguno de servidumbre por el paso de la mencionada vía telefónica.*

ARRAS: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *Tampoco puede prosperar la denuncia por inaplicación del artículo 1.454 C. c., toda vez que la Sala de instancia no basa su fallo desestimatorio de la demanda en el precepto legal que se cita como infringido, sino por estimar que el actor no está asistido de la facultad rescisoria prevista en el pacto 5.º del contrato celebrado entre las partes, en razón a no haber probado el incumplimiento contractual que atribuye a su contrario.* [S. T. S. de 30 de junio de 1971; no ha lugar.]

NOTA.—Los litigantes, mediante documento privado de 23-12-1966, convinieron la compraventa de una parcela que formaba parte de otra finca de mayor extensión, propiedad del vendedor, sobre la cual pesaba una sustitución fideicomisaria. El comprador asumía el riesgo de verse privado de la finca por el juego propio del fideicomiso, pero, en cambio, imponía al vendedor la obligación de liberar la finca de otras cargas y gravámenes en el plazo de seis meses. El comprador entregó 600.000 pesetas a cuenta del precio total (2.500.000 aproximadamente), comprometiéndose a pagar el resto antes de la firma, o sea, en el antedicho plazo de seis meses, prorrogables por otros tres.

Transcurridos los repetidos seis meses, con fecha 14-8-67, el comprador requirió notarialmente al vendedor dando por resuelto el contrato y reclamando la devolución de la parte de precio entregada, basándose para ello en el incumplimiento contractual del vendedor, toda vez que sobre la finca vendida seguía pesando, además del gravamen fideicomisario previsto por las partes, una servidumbre de conducción de líneas telefónicas (y otra de acueducto que más tarde se probó no existía), el vendedor rechazó el requerimiento y, a su vez, requirió al comprador para que compartiese ante Notario a otorgar la escritura de compraventa toda vez que la finca estaba a su disposición libre de cargas. Finalmente, en 30-9-67, el vendedor notificó al comprador la resolución del contrato con pérdida de la cantidad entregada, alegando el venci-

miento del plazo para el pago del resto del precio. El comprador demandó al vendedor, quien fue condenado en primera instancia. En apelación la Audiencia revocó el fallo del Juez, y recurrida la sentencia, el T. S. desestima el recurso.

13. FE PÚBLICA REGISTRAL: EXTENSIÓN DE LA FINCA: *El Registro no protege de la extensión o cabida de la finca frente a los demás medios de prueba.*

LEGITIMACIÓN REGISTRAL (ASPECTO PROCESAL): *No es preciso pedir la rectificación del Registro si lo que se pide en la demanda no es incompatible con los pronunciamientos registrales.*

RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No lo es una certificación catastral.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS: *Debe señalarse el concepto en que un precepto legal se considera infringido. [S. de 11 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

14. TERCERÍA DE DOMINIO: *La tercería de dominio implica el ejercicio de una acción reivindicatoria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 38 L. H., según el cual hay que entablar previamente, o a la vez, demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones correspondientes a los demandados.*

FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Hay falta de legitimación activa al no pertenecer los bienes litigiosos a la parte actora en el concepto que los pide, de única y exclusiva propiedad, sino que han de ser atribuidos a la sociedad legal de gananciales de la que aquélla forma parte. [S. de 27 de abril de 1971; no ha lugar.]*

15. ART. 34 L. H.: BUENA FE: *La buena fe a que alude el artículo 34 de la L. H. consiste en el desconocimiento por el adquirente del vicio que pueda invalidar el derecho del transferente, o lo que es igual, el desconocimiento o la ignorancia por parte del comprador de la existencia de una posible inexactitud registral. Este requisito de la buena fe es de la exclusiva apreciación de los Tribunales de instancia.*

DOCUMENTOS PÚBLICOS: *No hacen fe de la veracidad intrínseca de las declaraciones de los comparecientes.*

DOCUMENTOS PRIVADOS: *El principio legal contenido en los artículos 1.227 y 1.228 del C. c. sólo es de aplicación cuando el hecho a que se refiere únicamente puede demostrarse por el propio documento.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE DERECHO: *Sólo pueden impugnarse como errores de derecho en la aplicación de la prueba, aquellas infracciones de preceptos reguladores de la valoración legal de la misma que puedan haberse cometido al apreciarla, no teniendo en cuenta la eficacia que les conceden las leyes civil y procesal. [S. de 29 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

16. CATASTRO: PRUEBA DEL DOMINIO: *Las certificaciones catastrales son documentos insuficientes para probar el dominio, teniendo exclusivamente efectos fiscales y administrativos.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS DE FORMULACIÓN: *No cabe imputar a la aplicación de un precepto hecha por el Tribunal de apelación el triple defecto de violación, interpretación errónea y aplicación indebida. [S. de 23 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

III. Obligaciones.

1. INTERESES DE DEMORA: *Constando acreditado en autos que al demandante se le ofreció el pago de la mitad del precio, la Sala de Instancia interpretó erróneamente el contenido del artículo 1.101 C. c., al declarar al demandado incurso en mora y obligado al pago de intereses desde el momento de la interpretación judicial, y así mismo al condenar desde tal momento al pago de intereses del resto de las cantidades reclamadas, cuya liquidez fue el resultado de la prueba practicada, ya que esta Sala tiene declarado con reiterada constancia que los intereses de demora no son debidos cuando la cantidad reclamada es ilíquida. [S. de 24 de mayo de 1971; ha lugar.]*

2. INTERESES CONVENCIONALES: DETERMINACIÓN POSTERIOR DEL CAPITAL: *Es válido el pacto de abono de intereses como contrapartida al disfrute de un capital que, en cierto modo, había sido anticipado por el constructor, dirigiéndose a fecha posterior la determinación del montante de la cantidad líquida que, fuese la que fuese, había de devengar dicho interés; estos intereses convencionales son ajenos por completo a los intereses moratorios. [S. de 30 de junio de 1971; ha lugar.]*

HECHOS: Como consecuencia de la construcción de un hotel, se realizó una liquidación de cuentas de las cantidades pendientes de pago acordándose el abono del 6 por 100 anual a partir del día siguiente al acuerdo, sobre la cantidad que ulteriormente iba a ser objeto de revisión. El T. S. acuerda declarar la validez de este pacto, con independencia de la doctrina de los intereses moratorios.

3. CLÁUSULA PENAL: *Es compatible con la indemnización de daños y perjuicios, si se hubiere pactado. [S. de 1 de febrero de 1971; desestimatoria.]*

4. ARRAS: *Tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales en que se establezca, de la que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquel sentido. [S. de 17 de diciembre de 1970; desestimatoria.]*

5. DOBLE VENTA: *La efectuada en escritura pública—cuya nulidad no se ha pedido en la reconvenición—debe prevalecer, teniendo fecha anterior, a la efectuada después en documento privado, por imperativo del último párrafo del artículo 1.473 del C. c., al no constar la mala fe de ninguna de las partes ni la posesión ni la inscripción en el Registro.*

COMUNIDAD HEREDITARIA: DISPOSICIÓN DE BIENES CONCRETOS: *Antes de hacerse la partición, todo acto dispositivo ha de realizarse conjuntamente por todos los herederos, sin que pueda uno solo por sí enajenar ni gravar un objeto del caudal relicto, ni una parte alicuota de un bien integrado en el caudal, aunque en su día pueda corresponderle. [S. de 21 de abril de 1971; no ha lugar.]*

6. RESOLUCIÓN DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR: UTILIZACIÓN EN SU LUGAR DEL TÉRMINO "RESCISIÓN": *La acción ejercitada en la demanda se ha calificado expresamente de resolución del contrato y se ha amparado en los artículos 1.124 y 1.504 del C. c., por lo que el uso en la propia demanda del verbo rescindir como sinónimo de resolver, ninguna confusión ha motivado ni en el fallo ni en el actual recurrente, según lo demuestra su contestación a la demanda.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *Carecen de base real, pues, los motivos del recurso que alegan la incongruencia del fallo y la aplicación indebida de los artículos del C. c. sobre rescisión de los contratos. [S. de 21 de junio de 1971; no ha lugar.]*

7. CONTRATO DE PRÉSTAMO: OBLIGACIÓN DE DEVOLUCIÓN: *El documento básico de la demanda no plantea cuestión alguna sobre su interpretación, ya que sus términos son claros y precisos y no dejan lugar a duda respecto a la voluntad de los contratantes, concretada en la entrega de una cantidad por el actor a la demanda, y la obligación de ésta de devolverla cuando aquélla se lo indique; aun en el supuesto de la existencia entre los contratantes de relaciones económicas y entregas de otras cantidades que requieran la práctica de liquidación, ello no es incompatible con la existencia de un contrato de préstamo al margen de aquellas relaciones. [S. de 24 de mayo de 1971; no ha lugar.]*

8. CONGRUENCIA: *Nunca debe interpretarse con excesiva rigidez, sino que el fallo ha de guardar acatamiento a lo sustancial de lo solicitado y a los hechos que sirvan de apoyo a la pretensión, bastando con que resuelva la parte dispositiva las cuestiones planteadas, aunque al hacerlo aplique extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a su efectividad en trámite de ejecución.*

COSTAS: *No cabe impugnar en casación el uso que los Tribunales de instancia hagan de su arbitrio en la materia, salvo que contradigan preceptos legales sobre imposición de costas.*

FIANZA: *En evitación de duplicidad de procedimientos la acción puede ejercitarse conjuntamente contra el deudor principal y fiador, siempre que quede a salvo el beneficio de excusión cuando proceda. [S. de 22 de enero de 1971; desestimatoria.]*

9. CONTRATO DE TRANSACCIÓN: OBJETO: *Si bien el artículo 1.815 C. c. no prohíbe que lo acordado en un contrato transaccional pueda interpretarse*

por las normas generales de hermenéutica que establece el C. c., contiene la limitación de que el objeto de la transacción ha de determinarse de un modo expreso o, en todo caso, inducirse de los términos empleados en el contrato, pero sin que esto alcance a las demás estipulaciones que fijan las respectivas obligaciones que contraen los que celebren la transacción. [S. de 26 de enero de 1971; no ha lugar.]

HECHOS: Se trataba de la reclamación de rendición de cuentas presentada por un antiguo agente de "El Ocaso", que es desestimada por haber firmado previamente un documento transaccional en el que, a cambio de la suma de tres millones de pesetas en el momento de la firma, y de ocho millones más en el plazo de cinco años, daban por liquidadas todas las relaciones comerciales y económicas mantenidas entre la Empresa y su agente. Si bien la reclamación se dirige contra los depositarios-administradores designados por el Juzgado Especial, la demanda fue desestimada en ambas instancias, corriendo idéntica suerte el recurso.

10. CONTRATO DE COMPROMISO; INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS FACULTADES ARBITRALES: *El sostenimiento a jueces arbitrales de la decisión de los problemas de índole privada que se suscitan entre particulares, da lugar al nacimiento de una jurisdicción de carácter excepcional, e implica la renuncia al derecho de que la cuestión sea resuelta por la autoridad judicial, por lo que la facultad decisoria de dichos señores debe ser interpretada en sentido restrictivo, sin que la conclusión a que lleguen pueda rebasar los límites de lo que se les hubiese confiado en la escritura de compromiso.* [S. de 10 de febrero de 1971; no ha lugar.]

11. PRELACIÓN DE CRÉDITOS; SALARIOS: *Dentro del término "salario" del apartado 2, D del artículo 1.924 del C. c., se han de comprender la totalidad de los beneficios que obtengan el trabajador por razón del servicio prestado; por tanto, debe incluirse dentro de este término la indemnización por despido, que constituye el pago de un salario diferido y complementario, que se abona al trabajador, cuando cesa en la empresa por causas no imputables al mismo.*

Al ser los créditos derivados de salarios de carácter singularmente privilegiados, se cumple el requisito de identidad de deudor, imprescindible en toda tercería de mejor derecho, aunque el ejecutor, titular actual del negocio, fuera sólo uno de los partícipes en el mismo en el momento en que los salarios se devengaron, puesto que, en el fondo, es el continuador de la empresa o explotación en que los trabajadores reclamantes prestaban sus servicios. [S. de 27 de marzo de 1971; ha lugar.]

12. CULPA EXTRA CONTRACTUAL; REQUISITOS: *Declarado probado que personal a las órdenes del demandado y dirigido por un hijo de éste, penetró en una finca del actor, en expresiva frase de la sentencia recogida de la prueba practicada "sin darse cuenta", procediendo a la extracción de arena y grava valoradas en 309.298 pesetas, y no obstante recibir aviso para que cesaran los trabajos, continuaron la extracción de grava, de todo lo cual aparece, no sólo la realidad de un daño, sino que hay que calificar de culpable*

o negligente la conducta del agente que lo produjo y apreciar la relación de causa a efecto entre uno y otra.

DEFECTOS DEL RECURSO: *No merecen la caudalidad de documentos auténticos las actuaciones judiciales y, entre ellas, las actas de reconocimiento judicial. [S. de 7 de junio de 1971; no ha lugar.]*

IV. Arrendamiento de cosas.

1. VENTA DE FINCA RÚSTICA ARRENDADA: NOTIFICACIÓN DEL VENDEDOR AL COMPRADOR DEL ARRENDAMIENTO: *La finalidad de la notificación establecida en el núm. 2 del artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos rústicos de 1959 no es la de conceder un derecho al comprador, sino exclusivamente la de proteger al arrendatario. Dicha notificación, al no tener una forma preestablecida, puede hacerse en cualquier forma. La exigencia del recibo de dicha notificación no es una obligación del vendedor, sino una facultad del mismo. Por todo ello, la inexistencia de tal notificación no afecta al contrato de compraventa, sino que tiene únicamente efectos respecto al retracto por el arrendatario, como se deriva del núm. 4. del propio artículo 16. [S. de 30 de junio de 1971; no ha lugar.]*

2. EFECTOS DE LA ADQUISICIÓN, POR EL SUBARRENDADOR, DE LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE ARRENDADO: SUBSISTENCIA DE LA RELACIÓN: NOVACIÓN: *Si el subarrendador, por compra, se convierte en propietario del inmueble subarrendado, la relación de subarriendo, establecida con anterioridad, ha de perdurar con su íntegro contenido, y seguirá rigiéndose por lo convenido entre las partes y por la normativa del subarriendo, sin que tal compra suponga una novación extintiva de la relación de subarriendo y creadora, en su lugar, de un vínculo arrendaticio, ya que epara que se produjera tal resultado hubiera sido preciso que las partes así lo hubieran expresado en un nuevo contrato o, aun sin expresarlo, hubieran establecido entre ellas una nueva relación del todo punto incompatible con la anterior.*

NECESIDAD DEL LOCAL DE NEGOCIO: *Procede la denegación de prórroga por necesidad, al apreciarse la estrechez de la parte del local destinado al público, de que dispone en la actualidad el beneficiario de la necesidad. [S. de 27 de mayo de 1971; ha lugar.]*

3. ARRENDAMIENTO URBANO DE VIVIENDA: CLÁUSULA DE REVISIÓN DE LA RENTA POR VOLUNTAD EXCLUSIVA DEL ARRENDADOR: NO ES CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN: *Si el ejercicio de la acción para llevarla a cabo queda limitada y condicionada a la voluntad única del arrendador, sin que el arrendatario tenga facultades para verificarlo en el caso de descenso de aquel índice de coste de la vida, se convierte la cláusula de estabilización en una facultad unilateral para aumentar la renta que debe estimarse ilegal y que podría llegar incluso a vulnerar el principio básico de la prórroga obligatoria de los contratos si la renta superaba las posibilidades económicas de los inquilinos. [S. de 24 de junio de 1971.]*

4. ARRENDAMIENTO DE LOCAL SOMETIDO A L. A. U.: EDIFICACIÓN PROVISIONAL: PRUEBA: *La calificación de una edificación como provisional no es un hecho, sino un concepto jurídico; es decir, el resultado de la valoración de las circunstancias que lo determinan y, por tanto, no es adecuado el cauce elegido del recurso de injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba; a lo que hay que añadir que para llegar a aquel juicio de valor la sentencia no ha tenido solamente en cuenta el Reglamento de Edificación Forzosa, sino un conjunto de circunstancias que detalla minuciosamente, la mayor parte de las cuales se hallan precisamente confirmadas en el documento municipal citado por el recurrente, y que, por tanto, no sirve para combatirlas. [S. de 5 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

5. LOCAL DE NEGOCIO SOMETIDO A L. A. U.: RESOLUCION POR CIERRE: PRUEBA: *La certificación de la Delegación de Hacienda acreditativa de que el esposo de la demandada figuraba como contribuyente por el concepto de licencia fiscal en la actividad de servicios de peluquería, no acredita el error que atribuye al Tribunal de Instancia al afirmar el hecho del cierre del local después del fallecimiento del arrendatario. [S. de 27 de abril de 1971; no ha lugar.]*

6. SUBARRIENDO O CESIÓN: PRESUNCIONES: PRUEBA EN CONTRATO: INTRODUCCIÓN DE FAMILIARES POR ENFERMEDAD DEL ARRENDATARIO: *Si bien es cierto que, por regla general, la presencia al frente de un negocio de persona distinta del arrendatario constituye una presunción de existencia de traspaso o subarriendo, capaz de operar la resolución del contrato, esta presunción admite prueba en contrario, justificando las razones en virtud de las cuales esa persona está al frente del establecimiento, y como en el presente caso el demandado cuenta ochenta y dos años de edad, ha padecido una apoplejía y no puede expresarse sin auxilio de otra persona, y siendo los que han intervenido en el negocio parientes suyos, no pueden hacer la presunción de subarriendo ni la de traspaso, sino una relación familiar a la que no obsta cualquier participación de beneficios, ya que el que trabaja debe recibir su pago, en alguna forma, a costa del que se beneficia. [S. de 22 de junio de 1971; no ha lugar.]*

7. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: NATURALEZA DEL SUBARRIENDO: EXTINCIÓN: *Es de toda evidencia que el contrato de subarriendo, al faltar el subarrendador del cual procede el título de subarrendatario, no puede subsistir y se extingue sin posibilidad de prorrogar lo que carece de existencia.*

NATURALEZA DEL DERECHO DE SUBROGACIÓN: *Faltará la razón legal del derecho de subrogación por los herederos del arrendatario a advenir, a su vez arrendatarios por el hecho de la muerte de aquél, cuando aparece probado que el titular arrendatario había cesado años antes de su muerte en toda actividad mercantil en los locales arrendados.*

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: SUBARRIENDO DEL LOCAL: PROCEDIMIENTO: *Toda la doctrina del T. S. señala que no es forzoso demandar al subarrendatario, porque el artículo 25 de L.A.U. comprende sólo el cesionario de vivienda, pero no al subarrendatario de local de negocio, y que si bien*

no es obligado citar al subarrendatario en los juicios de esta clase, si éste comparece en los autos, puede y debe ser tenido como parte a partir del momento en que se le admita por tener un interés en el asunto. (Sentencias de 4 de marzo y 26 de abril de 1952 y 8 de julio de 1948, entre otras muchas.)

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: ERROR DE HECHO: *Las interpretaciones de los hechos, como la de los contratos, no puede nunca impugnarse como errores de derecho en la apreciación de las pruebas, siendo además necesario de todo punto, en materia de interpretación de contratos o documentos, citar necesariamente aquellas normas de heremenéutica que se estiman infringidas.*

INTERPRETACIÓN DE LOS HECHOS: IMPUGNACIÓN: *Es obligado no olvidar la doctrina del T. S. en materia de interpretación, en cuanto que todos aquellos hechos que ha tenido en cuenta el Tribunal "a quo" para llegar mediante ella a supuesto determinado (en este caso, de subarriendo), han de permanecer inalterados hasta tanto no sean impugnados con éxito por el cauce adecuado, por lo que en este aspecto no cabe oponer a la interpretación dada por la Sala Sentenciadora, el criterio particular o interesado del recurrente. [S. de 12 de junio de 1971; no ha lugar.]*

8. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: INEXISTENCIA DE SUBARRIENDO O CESIÓN: ACTIVIDADES EN EL NEGOCIO DE UN HIJO DEL ARRENDATARIO: *No hay mutación real del disfrute arrendaticio cuando el arrendatario sigue asumiendo el negocio instalado en el local arrendado y la dirección y riesgo mercantil, cuando la persona designada como presunta subarrendataria o adquirente del traspaso es hija del referido arrendatario, con quien convive y la ayuda en el desarrollo de sus actividades. [S. de 8 de mayo de 1971; no ha lugar.]*

9. CESIÓN DE TRASPASO: ACTUACIÓN DE UN TERCERO COMO DUEÑO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *Cuando un tercero actúa como dueño del negocio establecido en el local, hasta el punto que "ninguna de las específicas y connaturales facultades de la propiedad les está vedada", y figura como tal propietario públicamente y con carácter notorio, es obligada la conclusión de que aquél ha sustituido al arrendatario en el goce y uso del local arrendado, por existir enlace preciso y directo entre dicha conclusión y aquellos hechos, máxime cuando de ellos se desprende que el pretendido arrendatario no controla en absoluto el negocio, del que desconoce sus particularidades más esenciales y no hace ni recibe liquidación de beneficios. [S. de 29 de mayo de 1971; no ha lugar.]*

10. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: SUBARRIENDO INCONSENTIDO: EJERCICIO DE ACTIVIDADES DISTINTAS A LAS PACTADAS: *Cuando en virtud de un contrato de subarriendo se puntualiza expresamente que el subarrendatario "no podrá destinar el local a otro uso que el de almacén de huevos y frutos de la tierra y guarda de su camión", es evidente que esta actividad no puede confundirse con una empresa de transportes que gestione el interesado, ni como corresponsal ni como propietario de la misma.*

SUBARRIENDO INCONSENTIDO: INOPERANTE DE QUE FIGURE UN MISMO NÚMERO TELEFÓNICO A NOMBRE DE DOS SOCIEDADES: *No es base suficiente para entender que en el local arrendado existía ya con anterioridad al contrato discutido una industria de transportes cuya titularidad individual o societaria no podía reputarse como interpuesta en concepto de subarriendo, que pudiese dar lugar a la causa de resolución del contrato, cuando aquélla se apoya sólo en que en la Guía Telefónica figuraba, además de un teléfono a nombre del arrendatario, otro en el mismo domicilio (y con el mismo número) a nombre de la sociedad discutida, ya que este hecho, por sí solo, nada prueba, habida cuenta que el propietario, si no se le notifica, podía desconocer, como en efecto desconoció, tanto la existencia de dicho teléfono como, sobre todo, la realidad de aquella sociedad.*

CONGRUENCIA: FORMALIDADES DE LAS SENTENCIAS: *El artículo 359 de la L.E.C. se limita a disponer que las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, y el artículo 372 no hace sino determinar la forma que habrán de revestir las sentencias definitivas, pero sin contener formalidad alguna del juicio propiamente dicho que tenga que ser observada, las cuales, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial constante y uniforme del T. S.—recogida entre otras muchas en las Sentencias de 11 de junio y 7 de diciembre de 1962, 8 de octubre de 1963 y 9 de marzo de 1965—, serán exclusivamente las que para el recurso de casación por quebrantamiento de forma se señalan en el artículo 1963 de la Ley procesal. [S. de 21 de junio de 1971; no ha lugar.]*

11. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CESIÓN INCONSENTIDA: EXISTENCIA: *La cesión parcial llevaría en sí la resolución del contrato [S. de 12 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

12. OBRAS INCONSENTIDAS: EXISTENCIA: *Dentro del margen que la Ley de Arrendamientos Urbanos deja a la libre contratación de las partes, se encuentra el destino, cuando de local de negocio se trata, y las posibilidades de reformas que modifiquen la estructura del local, y de acuerdo con ello en el caso actual, se pactaron las condiciones a las que venimos de referirnos, las cuales no fueron respetadas por el arrendatario al cambiar el destino sin permiso escrito del arrendador, al hacer obras de adaptación a un destino distinto del pactado y al rebasar en las descritas por la instancia, con remisión al informe de los peritos, todas las autorizaciones que se le habían otorgado por escrito. [S. de 29 de diciembre de 1971; ha lugar.]*

13. OBRAS: CONFIGURACIÓN: *Aun teniendo presente que el concepto de configuración es contingente y circunstancial y se ha de aplicar y adoptar específicamente a cada caso, atendidas las características peculiares concurrentes en la cosa arrendada y la finalidad conseguida con el arrendamiento para poder apreciar si la variación introducida es esencial y permanente o, por el contrario, tiene carácter accidental, procedió acertadamente el Tribunal sentenciador al incluir en el supuesto abstracto de la norma legal el hecho probado de la realización inconsentida en el local arrendado de una obra de*

fábrica de las características que el motivo reproduce, la que evidentemente afecta a la configuración de aquél, cualquiera que sea la proporción de su medida superficial si se la compara con la del local controvertido. [S. de 27 de enero de 1971; no ha lugar.]

14. OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE UN FRIGORÍFICO Y MODIFICACIÓN DE LAS LUCES DE UN PATIO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *La construcción de un frigorífico de obra de albañilería de paredes de ladrillo y puerta de madera, aprovechando una esquina y columna a ella adosada a la que han sido adheridos los tabiques que forman la cámara, y la realización de obras en un patio continuación del local, cubriéndolo mediante planchas de uralita (en una profundidad de unos cuatro metros), sostenidas con tres vigas de madera introducidas en las paredes laterales, son obras que modifican la configuración del local arrendado, puesto que aquellas son obras de fábrica incorporadas al mismo, con el que integran un todo que hace variar la figura original del local, quedando de tal modo sustancialmente alterada y a la que no podrá reintegrarse sin las precisas obras de demolición de lo construido; y estas otras, en cuanto han reducido el cielo abierto y luces del patio, mediante la construcción de una techumbre horizontal que le cubre casi en su totalidad, con sustentación en unas vigas de madera introducidas en las paredes, que al igual que en lo anterior, dan a la obra un carácter estable de difícil desmantelamiento y, desde luego, un nuevo y total diferente aspecto al patio, con cambio de su anterior estructura y natural repercusión. [S. de 26 de mayo de 1971; no ha lugar.]*

15. RESOLUCIÓN POR OBRAS: NO PROCEDE SI LAS AUTORIZÓ EL ARRENDADOR: *Para que entre en juego la causa 7.ª del artículo 114 de la L.A.U., es preciso que las obras denunciadas hayan sido llevadas a cabo sin el consentimiento del arrendador; es función exclusiva de los tribunales el calificar la trascendencia de las obras. [S. de 24 de noviembre de 1970; no ha lugar.]*

16. ALCANCE DE AUTORIZACIONES DEL ARRENDADOR: AUTORIZACIÓN DE OBRAS QUE NO SUPONE AUTORIZACIÓN DE USO POR UN TERCERO: *La simple autorización del arrendador para que el arrendatario pueda abrir una puerta de comunicación con un local contiguo, mientras no se diga expresamente por el arrendador autorizante, no puede suponer autorizado el disfrute del local arrendado, por parte de un tercero ajeno a la relación arrendaticia para utilizarlo como paso a su servicio, porque las limitaciones del dominio se han de interpretar siempre en su sentido literal por su propia naturaleza y limitado exclusivamente a las partes contratantes.*

RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR ACTIVIDADES PELIGROSAS: La peligrosidad constituye una circunstancia que incumbe determinar a los Tribunales en cada caso concreto y es un problema técnico que exige probanzas de esta clase ante los Tribunales de instancia.

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: CAUCE: La L.A.U. canaliza exclusivamente por el número 4.º del artículo 136 los errores de hecho, remitiendo todo

do que sea infracción de preceptos legales, entre ellos los relativos a las normas de valoración de prueba al número 3.º. [S. de 9 de junio de 1971; no ha lugar.]

17. OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: DIFERENCIA ENTRE CONOCIMIENTOS Y CONSENTIMIENTO: *Es indiferente que, desde el comienzo de las obras hasta la interposición de la demanda resolutoria, hayan transcurrido muchos años (catorce, en el presente caso) y que durante ese plazo se hayan realizado obras por parte de la propiedad, teniendo oportunidad de ver y conocer la existencia de las que se consideran, cómo no, autorizadas, pues el "conocimiento" no presupone el "consentimiento", máxime cuando en el contrato figura una cláusula que dice que "el inquilino necesitará permiso por escrito del dueño para obras de transformación", y de esta circunstancia, unida al anterior, no permite deducir la autorización.*

CIERRE DE LA PUERTA DE ENTRADA: CONSENTIMIENTO: *El cierre de la puerta de entrada a la casa, desde la misma calle, por muy evidente y pública que fuese sólo puede acreditar el conocimiento, pero no la autorización para ejecutar la obra.*

CONSENTIMIENTO: FORMA: *El artículo 114, causa séptima, no exige que el consentimiento sea escrito y, por tanto, puede serlo en otra forma distinta.* [S. de 27 de mayo de 1971; no ha lugar.]

18. CONSENTIMIENTO PARA REALIZAR OBRAS DADO POR UN PARIENTE DEL ARRENDADOR: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *El consentimiento del arrendador no puede entenderse substituido eficazmente por el de un pariente del mismo (en el presente caso, un hijo adoptivo), que sin desempeñar el cargo de administrador de la finca, lo presta sin la autorización ni la ratificación del primero.* [S. de 25 de mayo de 1971; no ha lugar.]

19. REALIZACIÓN DE OBRAS SIN CONSENTIMIENTO: *La realización por el arrendatario de obras de ampliación, suprimiendo parte de la pared posterior de carga y levantando sobre el patio común del bajo y pisos una placa de hormigón sobre la que se construyó un nuevo local, sin constancia del consentimiento del arrendador para ello, indudablemente se enmarcan en la causa de resolución, tanto si se tiene en cuenta que aquellas obras llevan en sí modificación de configuración, como que han producido asimismo debilitación en la resistencia de los materiales.*

MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *Si las obras realizadas producen por sí solas el efecto de alterar la configuración y ello es suficientemente y bastante para determinar la resolución del contrato, es indiferente para el fallo la apreciación o no de otra causa resolutoria.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: CAUSA TERCERA DEL ARTÍCULO 136 DE LA L.A.U.: *La apreciación probatoria, basada en la prueba testifical, documental y de re-*

conocimiento judicial, no es factible por el cauce de la 3.^a del artículo 136 de la L.A.U.

CONGRUENCIA: *La parte dispositiva de la sentencia siempre se debe ajustar al suplico de la demanda. [S. de 30 de junio de 1971; no ha lugar.]*

20. **ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR RUINA:** *La situación de ruina del edificio declarada por el acuerdo administrativo, afecta a la totalidad del inmueble, sin exclusión de parte alguna, negando el Tribunal de Instancia que éste se integre por construcciones independientes, lo cual permitiría, en su caso, aceptar que el local debatido pueda ser considerado como ajeno al estado de ruina declarado.*

ABUSO DE DERECHO: *El abuso de derecho es totalmente improcedente cuando la acción resolutoria del contrato está basada en la ruina del edificio, ya que aparte del posible interés privado del arrendador, atiende fundamentalmente a prevenir los peligros dimanados del previsible derrumbamiento del mismo. [S. de 24 de junio de 1971; no ha lugar.]*

21. **RESOLUCIÓN DE CONTRATO: RUINA: EXISTENCIAS** *La causa de resolución contemplada por el artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es una pérdida técnica fundada exclusivamente en la desproporción económica entre el resultado perseguido y su coste de producción. [S. de 4 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

V. Derecho de familia.

1. **ENAJENACIÓN DE INMUEBLES GANANCIALES POR EL MARIDO POR SÍ SÓLO:** **ARTÍCULO 1.413 DEL C. C.:** *Conforme señala la S. T. S. de 13 de mayo de 1964, aunque el artículo 1.413 no indique en qué grado es sancionable aquella enajenación, hay que concluir, de acuerdo con la ratio iuris del precepto, que se origina una anulabilidad que sólo se produce si la mujer, o en su caso sus herederos, la pide, por ser ella la destinataria del acto protector instaurado por el nuevo artículo 1.413.*

VENTA SIMULADA DE INMUEBLES ADQUIRIDOS POR LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: LEGITIMACIÓN PASIVA: *De lo dicho se infiere que para la acción impugnatoria del negocio por el cual la sociedad de gananciales adquirió inmuebles al amparo del número primero del artículo 1.413 del C. c., no es preciso llamar a juicio a la esposa de quien realizó el acto adquisitivo que se impugna.*

ACCIÓN DE SIMULACIÓN DE COMPRAVENTA: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Tiene interés legítimo en obtener tal nulidad quien, aunque no intervino en el contrato, resulta gravemente afectado por él, pues mediante el mismo se han sustraído bienes del patrimonio común de una sociedad irregular de la que forma parte la actora.*

SIMULACIÓN ABSOLUTA DE COMPRAVENTA: *Demostrada la falta de precio, que las fincas no estaban en poder de la vendedora (la cual las había vendido anteriormente) y que no pasaron en posesión al pseudocomprador, es forzoso declarar la nulidad de la venta por simulación absoluta. [S. de 26 de diciembre de 1970; estimatoria en parte.]*

2. **PRUEBA DE CONFESIÓN:** *No hay infracción del artículo 1.232 del C. c. cuando la declaración no se refiere realmente a un hecho propio de la confesante, aparte de que hay que apreciar la confesión en su totalidad, exigiéndose que sea explícita y absoluta.*

ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES Y A FAVOR DE HIJOS LEGÍTIMOS: SU EXTENSIÓN: *Es insostenible la interpretación restringida del término "indispensable" que utiliza el artículo 142 del C. c. y que propugna el recurrente, en contra del instancia determinar el importe de la pensión alimenticia, no pudiendo im-
de lo que ocurre con los auxilios necesarios para la vida de que habla el artículo 143 del C. c.*

ALIMENTOS ENTRE PARIENTES: SU FIJACIÓN: *Conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, corresponde al prudente arbitrio de los Tribunales de instancia determinar el importe de la pensión alimenticia, no pudiendo impugnarse en casación la sentencia que la señala, salvo cuando, según la posición social de la familia, sea notoria la desproporción de la cantidad fijada.*

ALIMENTOS ENTRE PARIENTES: EFICACIA RETROACTIVA DE LA SENTENCIA QUE LOS FIJA: *El artículo 148 del C. c., sin distinguir entre alimentos provisionales y definitivos, dispone que en todo caso se abonarán desde la fecha en que se interponga la demanda, por lo que el precepto es aplicable a los alimentos definitivos y aunque estuvieran ya fijados los provisionales que se aumentan en este pleito. [S. de 2 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

VI. Sucesiones.

1. **EJERCICIO POR UN HEREDERO DE ACCIÓN CORRESPONDIENTE A LA COMUNIDAD:** *Acreditado que el actor es hijo y heredero del causante, es obvio que puede actuar en beneficio de sus coherederos, así como de la comunidad de propietarios, de la que formaba parte el causante, que tiene inscrita a su favor la finca que se reivindica, y sin que se haya solicitado la nulidad o cancelación de la inscripción. [S. de 11 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

2. **INCONGRUENCIA:** *La incongruencia por defecto, por no haberse resuelto por el Tribunal a quo las peticiones formuladas en la oposición, ha de ser alegada por el número 3.º del artículo 1.692 LEC.*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Independientemente de su aspecto formal, precisa los requisitos de autonomía y autosuficiencia.*

SOCIEDAD: *El negocio personal distribuido entre los herederos del titular a su fallecimiento, con sujeción a cuotas, no constituye sociedad, sino comunidad de tipo incidental, derivadas de actos totalmente independientes de la voluntad de los herederos expreso en tal sentido, según Sentencias de 9 de julio de 1940 y 16 de abril de 1942.*

La comunidad con el fin de lucro no es sociedad si no es convencional. [S. de 21 de diciembre de 1970; desestimatoria.]

3. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *Al haber sido éstos objeto de análisis e interpretación en el acuerdo judicial que se impugna, la deducción a que éste llegó únicamente puede comitirse en casación por vía formal del núm. 1 del artículo 1.692 de la L.E.C. y con invocación de las normas legales de hermenéutica que se estimen vulneradas.*

ACCIÓN DE NULIDAD DE TESTAMENTO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Corresponde a cuantas personas tengan interés en la apertura de la sucesión intestada, por hallarse comprendidas entre los presuntos beneficiarios a que se refiere el artículo 913 del C. c., sin que en ningún caso pueda exigírsele haber solicitado previamente la oportuna declaración de herederos ab intestato.*

LITIS CONSORCIO NECESARIO: *La ausencia en el litigio de personas que pudieran tener interés análogo al del actor en el éxito de su demanda, no puede de forma alguna viciar la constitución de las actuaciones por falta del litis consorcio necesario pasivo, como el recurrente pretende, sino por defectuosa convocatoria de los elementos subjetivos que con el carácter de activos deben integrarse en la relación jurídica procesal.*

EJERCICIO DE ACCIONES POR HEREDERO: *Según criterio constante y uniforme de esta Sala, cualquiera de los herederos, mientras la cosa permanece indivisa, tiene acción y puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad, sin que, ni por ley ni por jurisprudencia, se haya exigido la simultánea concurrencia de todos ellos, siempre que, como en este caso ocurre, se haya actuado en beneficio del interés general. [S. de 7 de diciembre de 1970; no ha lugar.]*

4. ACCIÓN DE NULIDAD DE TESTAMENTO: *Tiene carácter personal y no puede estimarse comprendida entre las acciones mixtas, muertas por silencio del legislador.*

COMPETENCIA: *Tratándose de acción personal y siendo los demandados, que residen en localidades distintas, es Juez competente el de cualquiera de los demandados a elección del demandante, sin que el hecho de que se protocolizara el testamento en otro Juzgado conceda a éste jurisdicción preferente, pues la sumisión no puede invocarse en actos de jurisdicción voluntaria. [S. de 8 de mayo de 1970; no ha lugar.]*

5. PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO: *Lo es la máxima interpretativa "lex non omittit incaute, sed quia dictum noluit".*

RESERVA LINEAL: SU APLICACIÓN CUANDO SOLO QUEDAN HIJOS COMUNES: *La reserva lineal del artículo 811 del C. c. no pierde su aplicabilidad y eficacia por la circunstancia de que sus beneficiarios reúnan, además de esta cualidad, la de hijos comunes del matrimonio compuesto por el reservista y la persona de quien los bienes proceden, porque el sentido gramatical del precepto no autoriza otra interpretación.*

RESERVA LINEAL: SU APLICACIÓN CUANDO SÓLO QUEDAN HIJOS COMUNES: *Si la finalidad que movió al legislador a introducir esta reserva consistió en el deseo de evitar que ciertos bienes pasen de una familia a otra por causas ajenas a la voluntad de sus titulares, cuando en la primera existieran parientes dentro del grado que la ley señala, tal resultado no se lograría con la sustitución de esta reserva por la legítima establecida por el artículo 808 del C. c. a favor de los descendientes legítimos, por no coincidir la cuantía de los bienes sujetos a una y otra y ser distinta su procedencia y forma de hacerlos efectivos.*

RESERVA LINEAL: SU APLICACIÓN CUANDO QUEDAN HIJOS COMUNES: *De sustituirse la reserva lineal por la legítima de los descendientes, resultaría que, por la facultad de disponer del tercio libre concedida al causante en el segundo caso y por la posibilidad de que éste utilice la desheredación, podría quedar frustrada la ratio legis que inspiró la inclusión del artículo 811 y quedaría el reservista convertido en pleno propietario cuando sólo goza de un sujeto a condición resolutoria: conclusión que por absurda debe ser rechazada.*

RESERVA LINEAL: SU INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA: *La interpretación restrictiva que deba darse a esta reserva, de acuerdo con la jurisprudencia, no permite, sin embargo, sustraer de su ámbito situaciones claramente comprendidas en el precepto.*

RESERVA LINEAL Y RESERVA VIDUAL: *La reserva del artículo 811 es completamente distinta de la del artículo 968. [S. de 27 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

NOTA: Pese a los esfuerzos de Vallet y a la sólida argumentación teleológica que le induce a sostener que la reserva troncal desaparece cuando al faller el reservista los presuntos reservatarios son hijos comunes del matrimonio compuesto por tal reservista y la persona de quien proceden los bienes (vid. su estudio "La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil", especialmente en este punto, A. D. C. X, III, páginas 784 y ss.), el T. S. como vemos, sigue anclado en la postura contraria más apegada a la letra del artículo. En esta Sentencia se indica que se sigue el criterio de las de 10 de noviembre de 1953, 8 de junio de 1954, 30 de mayo de 1956, 14 de diciembre de 1957 y 5 de diciembre de 1958, las cuales "siguiendo la pauta marcada por la de 8 de octubre de 1930, modificaron el criterio mantenido por las de 4 de enero de 1911 y 25 de marzo de 1933".

6. USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN Y FIDEICOMISO DE RESIDUO: *No se pueden identificar ambas figuras, cualesquiera que sean sus analogías, porque el usufructuario tiene un derecho en la cosa ajena, mientras que al fiduciario corresponde el pleno dominio sobre los bienes, limitado por la prohibición de dis-*

poner mortis causa y, además, porque cuando el testador desmembra usufructo y nuda propiedad no hace un doble llamamiento directo e indirecto sobre la misma cosa, sino que la distribuye entre distintas personas de modo inmediato.

USUFRUCTO DE DISPOSICIÓN: LLAMAMIENTO A LOS NUDO PROPIETARIOS: *El sentido literal de la cláusula es claro e implica una verdadera y propia institución de herederos, única, aunque se encuentre restringida a la nuda propiedad y separadamente se haya atribuido el usufructo a otra persona, por lo que las nudo propietarias adquieren desde luego un derecho sobre los bienes, cuya efectividad se halla aplazada, pero no condicionada a la muerte del usufructuario, sin que el usufructo de disposición altere tal resultado en cuanto que no altera la naturaleza del usufructo, con relación a los bienes de que no haya dispuesto.*

PARTICIÓN DE HERENCIA SIN INTERVENCIÓN DE LOS NUDO PROPIETARIOS: *Resulta infringido por falta de tal intervención el artículo 1.058 del C. c. y es ineficaz la partición, por ser precisa para su validez la participación de todos los interesados en la herencia.*

CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE LA PARTICIÓN: *Resulta también nula la venta efectuada por el usufructuario, ya que las fincas que se han vendido como propias del recurrente pertenecían al haber hereditario no dividido; e igualmente resultan nulas las inscripciones que aquélla causó en el Registro de la Propiedad, por falta de tracto anterior, existiendo violación, respectivamente, de los artículos 1.068 del C. c. y 20 de la LH. [S. de 9 de diciembre de 1970; ha lugar.]*

NOTA.—La cláusula debatida del testamento abierto era en la parte que nos interesa, del tenor siguiente: “De todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, instituye heredero en usufructo vitalicio, relevado de protestar fianza, a su marido, don H., con la condición de que si su citado marido tuviese necesidad de ello pueda disponer de todo o parte de los bienes que hereda de la testadora, por acto *inter vivos*, sin que esa necesidad tenga que justificarla ante nadie, basta sólo que él lo manifieste. De la nuda propiedad de sus bienes instituye herederos, en quienes se consolidará el pleno dominio al fallecimiento del usufructuario, por iguales partes, a sus sobrinas, E. y B...”. La jurisprudencia viene admitiendo en general (SS. de 20 de marzo de 1916, 8 de abril de 1927, 17 de abril de 1953 y 29 de enero de 1955, y Res. de 5 ed enero de 1959), en los casos en que se instituye heredero usufructuario a una persona, sin mencionar la nuda propiedad e indicándose que los bienes pasarán en pleno dominio a otras personas a la muerte del usufructuario, que ello no implica sustitución fideicomisaria, sino que existe institución inmediata en la nuda propiedad desde el momento del fallecimiento del testador. Por tanto, es lógico que se siga el mismo criterio en el caso actual, en el que se mencionaba la existencia de la nuda propiedad, aunque el usufructo viniese modalizado por la facultad de disposición tan amplia a él unida.

Pero para la mejor comprensión de la doctrina de esta sentencia debe tenerse presente que al fallecimiento de la testadora quedaron no sólo bienes privativos de ésta, sino también bienes gananciales; por tanto, la escritura otorgada por el viudo no fue exclusivamente de manifestación de herencia sino de liquidación de la sociedad conyugal. Creemos que es este segundo aspecto el que justifica la necesidad de la intervención de las nudo propietarias,

ya que a éstas no les puede ser indiferente la forma en que se concrete la mitad de gananciales correspondiente al viudo —respecto de la cual es pleno propietario— y la otra mitad que debe agregarse a la herencia —respecto de la que es sólo usufructuario con facultad de disponer—.

La nulidad de la adjudicación de bienes efectuada solamente por el viudo lleva consigo lógicamente la nulidad de la venta realizada por el mismo. Pero, ¿cuál es la razón por la que tal nulidad alcanza a los compradores, cuando tanto la escritura de adjudicación como la de venta habían sido inscritas en el Registro de la Propiedad? El T. S. entiende que ha habido infracción del principio registral de tracto sucesivo conforme al artículo 20 de la L. H. Esto realmente no lo acabamos de comprender, pues parece suponer una confusión entre el tracto sucesivo sustantivo o civil y el tracto registral o formal. El artículo 20 de la L. H. se limita exclusivamente a este último, que aparecía perfectamente cumplido en cuanto que el viudo vendedor tenía inscrito su derecho y podía disponer según el Registro.

Es cierto, por otra parte, que conforme señala el artículo 33 de la L. H., “la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes”. Pero, aun siendo así, ¿no deberían resultar protegidos los compradores por el principio de fe pública registral, según el artículo 34 de la propia Ley? Sin necesidad de acudir al artículo 28 de la L. H., hay ya que contestar negativamente en el caso presente ante una circunstancia cuya existencia se había justificado en el pleito: las nudo propietarias, enteradas de los propósitos del viudo, habían requerido notarialmente a los compradores, antes de la venta, para que se abstuvieran de comprar la finca en cuestión en perjuicio de sus derechos. Es, pues, claro que no concurría el requisito esencial de la buena fe en los terceros, hipotecarios.

La sentencia, por tanto, llega en este punto a un resultado justo, aunque la fundamentación jurídica elegida, e invocada por las recurrentes, no sea plenamente convincente. (J. D. del C.)

7. ALBACEAZGO EN DERECHO CATALÁN: APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL: *La institución del albaceazgo en Derecho catalán parte de notorias diferencias con el Derecho común, que muy difícilmente en esta materia puede considerarse como supletorio de aquél, al desarrollar éste plenamente la institución partiendo de principios distintos.*

CONTADOR PARTIDOR EN CATALUÑA: LOS HEREDEROS PUEDEN PRESCINDIR DE ÉL: *No puede estimarse que el contador partidor sea en todo caso persona que, obligatoriamente para los herederos, haya de hacer la partición, puesto que el artículo 254 de la Comp. es terminante al respecto, estableciendo que “los herederos podrán practicar la partición, de común acuerdo, prescindiendo de los contadores partidores, nombrados por el causante, salvo expresa disposición contraria de éste”.*

CONTADOR PARTIDOR EN CATALUÑA: LOS HEREDEROS PUEDEN EXCLUIRLE AUN CON LA DISCONFORMIDAD DE LOS LEGITIMARIOS: *Vistos los términos del artículo 122 de la Comp. ha de llegarse a la conclusión de que en Cataluña el legítimo no es propiamente heredero, sino meramente un acreedor de la herencia, y por ello, su desacuerdo respecto de la partición realizada por los herederos no hace obligatoria la intervención del contador partidor.*

ALBACEA PARTICULAR: SUS FUNCIONES: *Por el hecho de no haber recibido el albacea ninguno de los encargos del albaceazgo universal, es evidente que el mismo tiene carácter particular y al no habérsele atribuido ninguna función*

específica, no tiene sino las genéricas funciones del último inciso del artículo 236 de la Comp., toda vez que las que se le atribuyeron en las tres memorias testamentarias aparecen cumplidas por las propias herederas.

ALBACEA PARTICULAR: INTERVENCIÓN EN JUICIO: *En Derecho catalán solamente el albacea universal está legitimado procesalmente (artículo 237 de la Comp.) para cuantos litigios y cuestiones se susciten sobre los bienes hereditarios, los fines del albaceazgo y la validez del testamento, memoria testamentaria o heredamiento, pero no así el albacea particular.*

ALBACEA PARTICULAR: APLICACIÓN SUPLETORIA EL ARTÍCULO 902 DEL C. C.: *Es indudable que este artículo no es de aplicación en Cataluña, una vez publicada la Compilación, precisamente por la regulación propia de la materia de que se trata y que constituye una especialidad de la región que ha de prevalecer frente a la disposición concreta del artículo 902, cuyas facultades se establecen en sustitución de las expresamente conferidas por el testador (art. 901), mientras que la Comp. las establece en atención al carácter universal o particular del ejecutor testamentario.*

ALBACEA PARTICULAR: RESARCIMIENTO POR GASTOS JUDICIALES: *El hecho de que el último párrafo del artículo 239 de la Comp. establezca que "todo albacea tendrá derecho al resarcimiento de los gastos causados en el desempeño de su cargo", no justifica el acceder a la pretensión entablada, toda vez que los que se reclaman no puede estimarse tengan ninguna relación con su verdadero cargo de albacea particular por cuanto, en tal condición, no tenía ninguna obligación de comparecer en juicio a sostener la validez del testamento.*

ALBACEA PARTICULAR: RESARCIMIENTO POR GASTOS JUDICIALES: *En todo caso, tal artículo 239 se refiere a los gastos que se produjeron, es decir, se exige que el gasto se haya causado y, en consecuencia, no procede la reclamación efectuada como anticipo o abono con cargo a la herencia.*

ALBACEAZGO Y MANDATO: RESARCIMIENTO DE GASTOS: *Tampoco puede fundarse la petición del actor en el artículo 1.728 del C. c., por cuanto aparte de que es dudosa en la doctrina y en la jurisprudencia la atribución del albaceazgo de la naturaleza jurídica del mandato, no podría ser propio de tal figura jurídica, en su caso, el defender en juicio, por haber sido demandado, al que ha de actuar como albacea particular. [S. de 26 de febrero de 1971; no ha lugar.]*

DERECHO MERCANTIL.

1. DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD LIMITADA: *No existe prohibición legal para que la división del haber social lo sea "in natura", siguiendo las reglas de la partición hereditaria. [S. de 12 de abril de 1971; desestimatoria.]*

2. ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: LETRAS DE CAMBIO: *Según el recurrente, constituyen éstas sendos reconocimientos de deuda, cuya causa se encuentra en el contrato subyacente de arrendamiento de obras, pero, según la Sala, las cambiales no representan deuda alguna, ya que carecen de provisión de fondos y son sólo firmas de favor, de modo que el problema que plantea el motivo no es el de la existencia y contenido de aquellos documentos en lo que respecta a su valoración, sino puramente el de interpretación de tales documentos, que son cuestiones distintas.*

LETRA DE CAMBIO Y NEGOCIO SUBYACENTE: *No puede esgrimirse el carácter vinculante de las letras de cambio como derivadas del contrato de arrendamiento de obras, cuando la Sala no ha reconocido esa derivación.*

LETRA DE CAMBIO Y RECONOCIMIENTO DE DEUDA: CUESTIÓN NUEVA: *La demanda no ha ejercitado otra acción que la exigencia del pago de las obras realizadas en virtud del correspondiente contrato, pero en ningún momento accionó sobre reclamación de otros créditos que no fuesen los afectantes a aquella relación contractual, de modo que la cuestión que ahora surge en el recurso, respecto del carácter abstracto de las letras de cambio, constituye materia nueva que debe rechazarse.*

PRUEBA PERICIAL: *Es, en principio, de libre apreciación por los Tribunales de instancia. [S. de 28 de diciembre de 1970; no ha lugar]*

3. COMISIÓN MERCANTIL: PRUEBA: *Si los clientes compradores cursaban sus pedidos de maquinaria a la sociedad actora por mediación de la entidad demandada, se pone claramente de manifiesto que esta última realizaba tales operaciones mercantiles por cuenta de la sociedad actora y, por tanto, su carácter de comisionista o representante. [S. de 3 de abril de 1971; no ha lugar.]*

DERECHO PROCESAL

1. INCONGRUENCIA: *Es necesario citar como infringido el artículo 359 L. E. C.*

La denuncia de que la sentencia concede más de lo pedido, debe ser articulada al amparo del ordinal 3.º del artículo 1.692 L.E.C.

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No lo es el acto de conciliación.*

COMPRAVENTA: LITISCONSORCIO PASIVO: (Solicitada la elevación a público de un documento privado de venta, de bienes posteriormente vendidos a tercera persona e inscritos a su nombre en el Registro con anterioridad a la demanda, el T. S. declara:) *No tiene realidad procesal, ya que los compradores, amparados por la inscripción registral, ni resultan afectados por el fallo recurrido (otorgamiento de escritura pública), ni tenían interés en el pleito actual, para cuya ejecución han de seguirse las normas establecidas por los artículos 919 y siguientes L. E. C. [S. de 2 de diciembre de 1970; desestimatoria.]*

2. SOCIEDAD IRREGULAR POR DEFECTOS FORMALES: CARENCIA DE PERSONALIDAD: *Al no haberse otorgado el contrato de sociedad en escritura pública, con la consiguiente inscripción en el Registro mercantil, es correcta la calificación, como sociedad irregular, a la en tal forma pactada, carente de personalidad.*

INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Al acumularse dos conceptos de infracción, violación y aplicación indebida, se incurre en defecto formal determinante de la inadmisibilidad del motivo y de la desestimación del recurso. Igual defecto y consecuencias supone la falta de cita precisa del concepto en que los preceptos legales que se invocan hayan sido infringidos.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: CAUCE: *Es causa de inadmisión y de desestimación el amparar en la causa tercera de injusticia notoria la impugnación del error en la apreciación de la prueba. [S. de 15 de junio de 1971; no ha lugar.]*

3. CONGRUENCIA: *Es necesario que, entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los contendientes durante la fase expositiva del pleito, exista la máxima concordancia y correlación, tanto en lo que afecta a los sujetos integrados en la relación jurídico procesal, como en lo que atañe al elemento objetivo en torno al cual gira la litis, de tal suerte que los Tribunales ajustarán su decisión a los hechos alegados por las partes en sus respectivos escritos, y a la acción que se hubiere ejercitado, sin que les sea lícito modificar unas y otras ni alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, porque de lo contrario podrían quedar uno o varios de los contendientes sin la posibilidad de rebatir esos problemas, con la indefensión que ello llevaría consigo. [S. de 21 de diciembre de 1970; ha lugar.]*

4. ACCIONES ARRENDATICIAS: EL CAUCE PROCESAL ADECUADO SE DETERMINA EN RAZÓN DE LA ACCIÓN EJERCITADA INDEPENDIENTEMENTE DEL FUNDAMENTO DE LA MISMA: *Si la parte actora ejercitó una acción de resolución arrendaticia por expiración del plazo pactado, estimando (acertada o desacertadamente) excluido el contrato de la ordenación de la L. A. U. y siguiendo por ello el cauce procesal común, el órgano "a quo" no pudo, prejuzgando la cuestión —de fondo— debatida, declarar la inadecuación de procedimiento que no existía [S. de 26 de mayo de 1971; ha lugar.]*

NOTA.—En la segunda sentencia, el órgano de casación aborda la cuestión de fondo, y estimando que, en efecto, el arriendo estaba protegido por la L. A. U., desestimó la demanda en cuanto al fondo, declarando no haber lugar a la resolución. Es curioso observar que el recurso interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primer grado (que absolvió de la demanda por apreciar la inadecuación de procedimiento) ha agravado la posición de la parte recurrente, ya que, aparte de que tras el recurso la cuestión quedó definitivamente resuelta contra ella en cuanto al fondo, el Tribunal Supremo, por estimar temeridad en el planteamiento de la demanda, ha condenado a la parte recurrente al pago de las costas causadas en primera instancia, en tanto que la sentencia de primer grado no hizo expresa imposición de costas. Seme-

jante criterio supone una importante limitación de la regla prohibitiva de la "reformato in peius". (J. P. R.)

5. FALTA DE CONSIGNACIÓN DE RENTAS AL RECURRIR: *Si los apelantes no acreditaron, al interponer el recurso, tener satisfechas las rentas vencidas con arreglo a lo que venían pagando a la iniciación del litigio, ni tampoco efectuaron entonces la consignación que alternativamente permite el legislador, procede desestimar el recurso de injusticia notoria sin posibilidad de entrar en el examen de los motivos atinentes al fondo del asunto, por tratarse de una cuestión de índole previa y preclusiva.* [S. de 10 de febrero de 1971; no ha lugar.]

6. RECURSO INJUSTICIA NOTORIA: CAUSA INADMISIÓN: FALTA DE PRECISIÓN Y CLARIDAD: *La cita global de todos los preceptos legales que regulan la interpretación de los contratos, sin que se argumente con la debida separación sobre el cómo y por qué han sido vulnerados cada uno de ellos, imprime al motivo una falta de precisión y claridad que le hace incurrir en la causa de inadmisión prevista en el núm. 4.º del artículo 1.729 L. E. C.* [S. de 19 de enero de 1971; no ha lugar.]

7. INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE NORMAS: *Debe desestimarse el recurso en que se acusa de interpretación errónea de un artículo de la L. A. U. sin precisar en qué consiste la equivocada exégesis.* [S. de 30 de junio de 1971; no ha lugar.]

8. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: RECONOCIMIENTO JUDICIAL: *La prueba de reconocimiento judicial no es idónea a efecto de acreditar el error en la valoración de las pruebas imputada al Tribunal de Instancia.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO DEL RECURSO: CAUCE: *El problema de si existe o no unidad contractual es de índole jurídica y no cabe plantearlo por el cauce de la causa 4.ª de injusticia notoria —error de hecho—.*

INJUSTICIA NOTORIA: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *Constituye defecto formal el hecho de no expresar con la imprescindible claridad el concepto en que, a juicio del recurrente, la sentencia del órgano "a quo" infringe la norma.* [S. de 14 de junio de 1971; no ha lugar.]

9. INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *En trámite de injusticia notoria no es dable examinar cuestiones nuevas —no planteadas en la instancia—.* [S. de 15 de junio de 1971; no ha lugar.]

10. RESOLUCIÓN POR OBRAS: VALORACIÓN DEL DICTAMEN EXTRAJUDICIAL: *De acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala, el dictamen practicado fuera de los autos, sin intervención de la parte contraria, no puede tener más valor que el de un testimonio sin aptitud para basar en él un recurso fundado en la errónea apreciación de la prueba.* [S. de 5 de mayo de 1971; no ha lugar.]

11. PROCEDIMIENTO DE LOS INCIDENTES: CASACIÓN: *Contra las Sentencias dictadas por las Audiencias Territoriales en el procedimiento de los incidentes no cabe recurso de casación, salvo en los casos contemplados en los artículos 745 y 1.690, núm. 1.º de la L. E. C. Contra dichas Sentencias sólo cabe recurso de súplica ante la propia Audiencia Territorial. [S. de 17 de mayo de 1971; no ha lugar.]*

12. CASACIÓN: *Se da sólo contra la parte dispositiva de la sentencia, sin que puedan atacarse los considerandos más que cuando son premisa obligada del fallo. [S. de 11 de diciembre de 1970; desestimatoria.]*

13. FORMALISMO DE LA CASACIÓN: *El artículo 1.720 L. E. C. prohíbe acumular en un solo motivo el error de hecho y la interpretación errónea de precepto sustantivo. [S. de 10 de febrero de 1971; desestimatoria.]*

14. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE DERECHO: *El error de derecho en la apreciación de la prueba debe basarse en preceptos reguladores de la valoración legal de la misma. [S. de 29 de abril de 1971; no ha lugar.]*

Suscripción anual: España, 600,— pesetas
Extranjero, 750,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas