

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXV
FASCICULO III



JULIO - SEPBRE.
MCMLXXII

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción:

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

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

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

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

LUÍS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registro
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 HERNÁNDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

JUAN VALLET DE GOYTISOLO: <i>Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> ...	669
ADRIÁN CELAYA IBARRA: <i>El testamento por comisario</i> ...	735
JOSÉ ENRIQUE GREÑO VELASCO: <i>El tema de la empresa multinacional en tres documentos de organizaciones latinoamericanas</i> ...	783
FRANCISCO DE ASÍS GARCÍA SERRANO: <i>El daño moral extracontractual en la Jurisprudencia Civil</i> ...	799
VICENTE LUIS MONTÉS PENADES: <i>La propiedad horizontal como colectividad organizada</i> ...	853

Estudios de Derecho Extranjero

TUDOR R. POPESCU y CORNELIU BIRSAN: <i>Los contratos económicos en el Derecho civil rumano</i>	923
--	-----

Estudios Legislativos

FEDERICO DE CASTRO: <i>La ley de 22 de julio de 1972 y el artículo 321 del Código civil</i>	937
---	-----

Bibliografía

Libros	947
---------------------	-----

Libros recibidos, por R. BERGSTROEM, SCHULTSZ: *Garantieverträge im Handelsverkehr*, por José Bonet Correa; CATEDRA DURAN Y BAS: *El Derecho civil catalán en la Jurisprudencia*, por R. DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel: *Estudios de Derecho mercantil, la empresa y el empresario*, por José Bonet Correa; DESANTES, José María: *La relación contractual entre autor y editor*, por R.; INSTITUT DE DROIT COMPARÉ, ASSOCIATION YOUGOSLAVE DE DROIT COMPARE: *Rapports nationaux yougoslaves au VIII Congrès International de Droit Comparé*, por R.; MAZZINGHI, Jorge Adolfo: *Derecho de familia*, por Gabriel García Cantero; MENENDEZ HERNANDEZ, José: *Estudio de la legislación hipotecaria de Guinera*, por R.; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: *Aportación de la sentencia del Tribunal de la Haya en el caso de la Barcelona Traction*, por R.; RIVERO YSERN, Enrique: *La interpretación del contrato administrativo*, por Juan B. Jordano Barea.

Revistas

A cargo de Antonio M. Morales Moreno	961
--	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado,

por José María Chico y Ortiz	969
------------------------------------	-----

Jurisprudencia

I. Sentencias	997
---------------------	-----

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 XXV
FASCICULO III

JULIO - SEPTIEMBRE
MCMLXXII



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

SUMARIO: I.—*Antecedentes del problema de su nulidad o de su revocabilidad en el «Ius commune», en las Partidas y en la doctrina española anterior al Código civil.*—1. El problema de las donaciones inoficiosas *re et consilio*.—2 Planteamiento general del tema de las disposiciones onerosas, real o aparentemente, hechas para perjudicar alguna legítima.—3. Impugnación de los actos aparentemente onerosos. II. *Régimen después del Código civil.*—4. Compraventas por precio notoriamente de favor.—5. Compraventas simuladas.—6. Prueba del negocio disimulado y de su validez.—7. El problema de los requisitos de forma de las donaciones disimuladas.—8. Posición de la jurisprudencia y doctrina francesa e italiana. Tesis de Ferrara y Betti, y crítica de Federico de Castro.—9. Panorama de las diversas posiciones del Tribunal Supremo.—10. Posición que admite la validez de la escritura pública de compraventa como forma para cubrir la donación disimulada.—11. La S. 29 enero 1945.—12. Sentencias alegadas en contra, pero con distinta *ratio decidendi*.—13. Análisis de las Ss. de 3 marzo 1932, 22 febrero 1940 y 12 julio 1941.—14. Examen de las Ss. de 23 junio 1953, 5 noviembre 1956, 7 octubre 1958 y 19 octubre 1959.—15. Las más rotundas Ss. de 10 octubre 1961, 1 diciembre 1964 y 14 mayo de 1966.—16. Tercera posición que niega la legitimación a los herederos voluntarios, de las Ss. 3 abril 1962, 22 abril 1963, 21 marzo 1964, 16 octubre 1965 y 30 mayo 1968.—17. El criterio de la S. 30 junio 1944 y el paso más dado por las acabadas a referir.—18. La forma de las donaciones, ¿es forma de un contrato o forma de una transmisión que determina que haya donación? Consecuencias dimanantes.—19. Causas de invalidez de las donaciones disimuladas.—21. Donaciones disimuladas para defraudar alguna legítima. Criterios de la Jurisprudencia.—21. Posiciones de los autores.—22. Impugnación de los negocios relativamente simulados y del disimulado.—23. El problema de la legitimación activa para la impugnación.—24. ¿Cabe coordinar las Ss. de 3 abril 1962 y 22 abril 1963 con la jurisprudencia que declara nulas por defecto de forma las donaciones disimuladas en compraventas simuladas?—25. Legitimación del heredero voluntario ante supuestos de simulación absoluta y de simulación relativa si la donación disimulada pudo impugnarla el causante.—26. Legitimación del legitimario para impugnar las donaciones disimuladas.—27. El diverso interés jurídico protegible del heredero voluntario y del legitimario, ante estos supuestos, determinantes de su diversa legitimación.—28. Consecuente determinación de la diversa amplitud cuantitativa de sus respectivas impugnaciones.

I. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE SU NULIDAD O DE SU REVOCABILIDAD EN EL “IUS COMMUNE”, EN LAS PARTIDAS Y EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

1. Un problema paralelo, pero que creemos internamente relacionado en su raíz sustantiva con el que ahora vamos a examinar, es el de la vieja distinción de las donaciones inoficiosas en *re tantum* y *re et consilio*.

En su última glosa a la ley 8, tít. IV, 5.^a Partida, Gregorio López (1), subrayó que en ella se siguió la opinión de Azón y Baldo, que estimaron simplemente revocables las donaciones en lo que lesionaran alguna legítima, dejándolas subsistentes en lo restante, sin recoger la distinción, que habían sostenido Hugo:ino y la mayoría de los autores, entre las donaciones inoficiosas de hecho, pero sin intención (*re tantum*) y las que lo fueran de hecho y con intención (*re et consilio*), de las cuales, estos autores solamente aplicaban a las primeras la reducción dimanante de la *querella inofiosae donationis*, mientras que estimaban totalmente nulas las segundas.

No obstante esta distinción, es de observar que la mayoría de sus partidarios, a los efectos de decidir la reducción o la nulidad a las donaciones *re et consilio*, habían subdistinguido según se tratase de donaciones hechas a favor de los hijos o bien a favor de extraños (2). Conforme esta distinción, las donaciones efectuadas a favor de hijos, tanto si fueran inoficiosas *re tantum* como si lo fuesen *re et consilio*, solamente eran rescindibles en cuanto fueran inoficiosas; y, en cambio, las otorgadas a favor de extraños, en caso de ser inoficiosas *re tantum* seguían esta misma regla, pero en caso de serlo *re et consilio* se revocaban totalmente, por aplicárseles el criterio que la ley *Si unquam* (Cod. VIII-LVI, 8) había seguido en el supuesto de supervivencia o supervivencia de hijos. Criterio que vemos aceptado por Antonio Gómez (3) y Covarruvias (4).

Entre los autores de Derecho catalán. Cáncer (5) y Fontane-

(1) GREGORIO LÓPEZ, glosa final a la ley, 8, tít. IV, 5.^a Partida, o gl. 49 h. t., cfr. ed. de *Las siete Partidas*, con las glosas de este comentarista vertidas al castellano por SAMPENTS y BARBA, MARTÍ DE EIXALÁ, y FERRER y SUBIRANA, vol. III, Barcelona, 1843, pp. 51 y ss.

(2) Cfr. las citas que al respecto hacen GASPAR, JUAN y SEBASTIÁN HERMOSILLA, *Resolutiones ad leges Partitorum D. Gregori Lopetii*, 5.^a P., tít. IV, ley VIII, gl. XIII, nn. 2 a 5, cfr. 4.^a ed. Colloniae Allobrogum 1751, vol. II, p. 314; y JUAN AYLLÓN LAINEZ, *Illustrationes sive Additioones eruditissimae ad Variae Resolutiones Antonii Gomezii*, lib. II, cap. IV, n. 14, cfr. ed. Venetis, 1747, p. 139.

(3) ANTONIO GÓMEZ, *Variae Resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii*, lib. II, cap. IV, n. 13, cfr. ed. Lugduni 1701, p. 248.

(4) DIEGO COVARRUVIAS DE LEIVA, *Varium ex Iure Pontificio et Caesareo Resolutionum*, lib. II, cap. XIX, n. 12; cfr. *Opera Omnia*, ed. Lugduni 1586, vol. I, p. 252.

(5) JACOBO CÁNCER, *Variarum Resolutionum Iuris Caesarei, Pontifici, et Municipalis Principatus Cathalauniae*, pars. 1, cap. VIII, nn. 120 a 122; cfr. ed. Lugduni 1712, vol. I, pp. 156 y ss.

lla (6), reconocieron que este criterio era el general seguido por los autores de Derecho común; pero Cancer (7) observó que en el Principado, en virtud de la Constitución *Si algú dona* del título *De donaciones* tanto si la donación fue hecha a uno de los descendiente como si se hizo a un extraño, ya fuese inoficiosa *re tantum o re et consilio*, los hijos no podían revocarla sino hasta el montante por cubrir de su legítima.

Sin embargo, a partir de Vinnio (8), que trató ampliamente esta cuestión, prevaleció el criterio por él defendido, coincidente también con el de la ley 8, tít. IV, 5.^a Partida, de que no debía establecerse diferencia en caso de inoficiosa entre las donaciones hechas a hijos o a extraños, y “sin que se distinga entre si hubo tan sólo el hecho o también la intención de defraudar”, aplicándoseles siempre la reducción en lo que fueran inoficiosas, a tenor de las leyes 1 y 7, Cod. III-XXIX.

2. Con referencia al tema concreto de las disposiciones que el causante hubiese efectuado, real o aparentemente, a título oneroso para perjudicar alguna legítima, fueron múltiples las cuestiones, todas muy discutidas, que suscitaron los autores del Derecho común.

El problema central en Derecho civil se centró al contraponer las leyes 16, XXXVII-XIV y 2, XXXVII-XII del Digesto; pues mientras aquélla consideraba en *fraude de ley* las enajenaciones efectuadas por un liberto para dejar de ser centenario, y daba lugar, en otro caso, si la enajenación se hizo en fraude del patrono, a que éste utilizara para rescindirla las acciones Faviana y Calvisiana; en cambio, en la segunda, se recogió un texto de Gayo que afirmaba: “No se ha de igualar el padre con el patrono hasta el punto de que se le dé también la acción Faviana o Calvisiana, porque es injusto que los hombres ingenuos no tengan libertad para enajenar sus propias cosas”.

Ello obligó a una problemática multiforme y variada según los matices y circunstancias, que requiere una previa distinción de supuestos, todos ellos arduamente discutidos y con soluciones distintas según las circunstancias y el criterio de los autores que las disputaban que, a veces, incluso parecían contradecirse al defender, uno mismo, soluciones distintas en lugares diversos.

Trataremos de acotar los problemas separando los supuestos que son de interés para el tema concreto que aquí nos ocupa.

(6) PETRUS PAULUS FONTANELLA, *De Pactis Nuptialibus, sive de Capitulis Matrimonialibus*, claus. V, gloss. VIII, pars. II, nn. 24 y ss.; cfr. ed. Lugduni 1667, vol. II, pp. 94 y ss.

(7) CANCER, op. y cap. cit., n. 123, p. 157.

(8) ARNALDO VINNIO, *Selectarum Iuris Quaestionum*, tít. II, cap. XXXIII, cfr. ed. Lugduni 1735, pp. 175 y ss., o su versión al castellano *Comentario Académico y Forense*, ed. Barcelona 1847, vol. II, pp. 772 y ss.

A) *Impugnación después de muerto el causante de enajenaciones onerosas por él otorgadas por precio vil.*

Bartolo (9) dictaminó para ese supuesto que, en cuanto valga demás la cosa que el precio pagado, se consideraba donación y era revocable en su caso por la *querella inofficiosae donationis*. Criterio que vemos recogido por Covarruvias (10) y los Hermosilla (11).

B) *Impugnación por los legitimarios, después de fallecido el causante, de actos otorgados por éste simuladamente onerosos, que disimularon actos gratuitos.*

3. Entre estos actos simulados se catalogaban compraventas que encubrían la donación de la cosa simuladamente vendida y la confesión de una deuda inexistente o de haberse recibido un precio no pagado. Incluso las donaciones efectuadas a través de persona interpuesta, disimuladas por dos compraventas simuladas, una del donante al tercero y otra de éste al donatario.

El primer supuesto indicado lo vemos enunciado por Covarruvias (12): “*eadem venditio revocabitur, si praeter fraudem probata fuerit eius simulatio aliquod quidem coniecturis*”. Por ejemplo: “*quidem si in morte fiat venditio haec suspectus personis, certe simulatio praesumitur*”.

El de la confesión de precio fue también contemplado por el mismo Cobarruvias (13): “*venditio a filiis revocari eodem iure poterit, quando solutio pretii conventi non constat aliter, quam per confessionem partis*”.

Antonio Gómez (14) analizó a la par los dos supuestos: “*Quod pater si vendidit bona sua, vel partem eorum, et confidetur pretium recepisse talis confessio non valet, nec probat in praeiudicium legitimaie filiorum, si vere et realiter non constat de vere et actuali numeratione pretii*”.

Bartolo (15) había declarado: “*venditio bonorum latitantis ut fiat, debet de debito constare*”.

Y los Hermosilla (16) generalizaron que “*non valere confessio nem debita factam a patre favore unius ex filiis, vel de pretio vendi-*

(9) BARTOLO A SAXOFERRATO, *In secundam Infortiati Partem*, lib. XXXVII, tít. XII, lex. 2, *Non usque*; cfr. ed. Venetiis 1585, fol. 170.

(10) COVARRUVIAS, *In Lib. de testamentis interpretario*, cap. *Raynutius* 16, § X, n. 9, cfr. en *Opera Omnia*, ed. cit. vol. II, p. 91.

(11) HERMOSILLA, op. cit., tít. IV, gloss. XIII, n. 13, *secundam*, cfr. ed. cit., vol. II, pp. 315 y s.

(12) COVARRUVIAS, loc. últ. cit., n. 9, *Quarto*, p. 91.

(13) COVARRUVIAS, ibid, *Tertio*, p. 91.

(14) ANTONIO GÓMEZ, *Variae Resolutiones...*, I pars., cap. XII, n. 81, vers. *Item etiam infertur*; cfr. ed. cit., pp. 190 y s.

(15) BARTOLO, *Commentarium in Primam Digesti Novi*, lib. XLII, tít. V, lex 1, vers. *Hereditarium*, n. 2, cfr. ed. Lugduni 1754, fol. 137.

(16) HERMOSILLA, gloss. últ., n. 11, p. 315.

tionis soluto a filio, vel de tali re empta ex precunia filii si tertium et quintum excedat; vel si excedit quintum quando est facta favorem extranei, quia ubicumque potest esse praesumptio fraudis".

La presunción de no existir el débito confesado se daba especialmente en determinadas circunstancias. Así:

— Cuando algunos prometiera a otro bienes suyos para después de su propia muerte, y esta promesa resultare en perjuicio de alguna legítima; como, siguiendo a su maestro Dyno, había advertido Bartolo (17), quien añadió "nisi fieret promissio ex causa donationis quia tunc revocaretur donationem per titulo de inofficiosae donationis".

— En la confesión de débito hecha en testamento o en codicilo, que significaban legado o fideicomiso, no siendo válidas como confesión si por otros medios de prueba legítimos no se probase realmente la deuda (18), e indicando Antonio Gómez (19): "Quod talis confessio, facta a patre, non praejudicat filius in legitima", no surtiendo efecto "nisi in quinto, quod extraneis potest reliqui vel nisi in tertio et quinto, respectu alterius filiis".

— En el caso de que se tratase de una transmisión, aún a título de venta, a favor de personas a quienes no podía dejárseles cosa alguna, como a los hijos ilegítimos. Supuesto en el cual Gregorio López (20) entendió que la venta podía ser válida tan sólo en el supuesto de que la venta hubiese sido verdadera, el precio real y se hubiese efectuado sin afección alguna como si fuese entre extraños. La presunción de fraude determinante, salvo prueba en contrario, de la invalidez, alcanzaba también los supuestos de que el padre hubiese vendido a un extraño y éste al espurio (21).

En resumen, fuera del supuesto de transmisión a personas a favor de las cuales no podía disponerse a título gratuito, en los demás supuestos de transmisión onerosa en fraude de la legítima o bien simulada, según parece desprenderse de los textos examinados, que no pretendamos sean exhaustivos, su revocación se circunscribiría —salvo en los casos en que el negocio disimulado fuese una donación fraudulenta *re et consilio* hecha a favor de extraños— únicamente a cuanto perjudicara a la legítima del reclamante.

Respecto de ésta, el hijo, aunque fuese heredero de su padre, podía interponer la reclamación sin que cupiera decir que al hacerlo fuera *contra factum defuncti*, como observaron los Hermosilla (22):

(17) BARTOLO, loc. últ. cit., n. 1, p. 137.

(18) BARTOLO, *In secundam Infortiati Partem*, lib. XXXII, *De legatis* 3, lex *Cum quis descendens*, 35, § *Codicillus*, nn. 4 y 9, cfr. ed. Venetus 1585, fol. 53 vto.

(19) ANTONIO GÓMEZ, loc. últ. cit., n. 81, p. 190.

(20) GREGORIO LÓPEZ, gl. a las palabras *pueden revocar la donación de* la ley 10, tít. XIII, 6.^a partida, o gl. 67 h. t., cfr. ed. y vol. cits., p. 701.

(21) GREGORIO LÓPEZ, gl. últ. cit., ver. final, p. 701.

(22) HERMOSILLA, gl. últ. cit., n. 23, p. 316.

“quod filis non dicitur venire contra factum defuncti, quando fraudatus reperitur in sua legitima, quoniam haec est actio propria filii, quae tendit ad rescindendum patris fraudem”: “quia non dicitur venire contra factum defuncti, quando necessario tenebatur relinquitur in patre que tenetur relinquere legitimam...”; “quia dispositio dicta lex *Cum a matre* procedit quando illud factum ex testatoris obligacione venit, non autem quando ex obligatione legali, ut est in legitima...”.

II. RÉGIMEN DESPUÉS DEL CÓDIGO CIVIL.

A) *Compraventas por precio notoriamente de favor.*

4. Hemos visto antes como, siguiendo el criterio de Bartolo, opinaron Cobarruvias y los Hermosilla, que la diferencia entre el precio satisfecho por la compra y el justo precio se debía estimar como donación que, en cuanto fuera inoficiosa, era rescindible por la *querella inofficiosae donationis*. Hoy es de notar que, desaparecido en el Código civil toda referencia al precio justo, no parece que le sea aplicable al supuesto expresado este criterio objetivo sino únicamente el subjetivo que resulte de una patente intención liberal determinante de un precio de favor y, por consiguiente, de que deba estimarse donada la diferencia en dinero entre este precio y el valor de la cosa.

B) *Compraventas simuladas.*

5. Nos hallamos ante supuestos genéricos, muy complejos, que es preciso analizar para subdistinguir cuidadosamente, atendiendo en cada caso a si nos hallamos ante una simulación *absoluta* o ante *simulaciones relativas* que encubren *donaciones disimuladas*, y a si la finalidad perseguida por el artificio empleado fue fundamentalmente la de defraudar alguna legítima o la de beneficiar al aparente comprador sin especial ánimo de lesionar a algún legitimario (en una distinción análoga a la establecida en Derecho común entre la inoficiosidad *re et consilio* y la *re tantum*), o, simplemente, la de escaparse de los tipos más elevados del impuesto de transmisiones aplicables a los actos gratuitos. Así veremos, que el problema general de la simulación viene involucrado con el de los actos fraudulentos y, al ser una donación de inmuebles el negocio disimulado, con el de la extensión del requisito de la forma a estas donaciones, para resolver si ésta debe comprender necesariamente la expresión de su causa.

Conviene estudiar por separado cada uno de estos problemas, y debe aun examinarse la cuestión de quien puede hallarse legitimado para ejercitar la acción correspondiente y, en especial, si puede estarlo el heredero del causante.

La simulación absoluta (simulatio nuda), como es sabido, no tiene

sino la apariencia de un acto jurídico, pues en verdad no se quiso dar vida a negocio alguno sino sólo a su apariencia engañosa. No hay negocio alguno, sino un supuesto de inexistencia, al darse una total discrepancia entre la voluntad real y la declarada. Los contratos en los que existe simulación absoluta carecen de los elementos indispensables para que exista negocio jurídico, requeridos en los artículos 1.261 y 1.275 CC. (23). Pueden, por consiguiente, impugnarlos las partes sin ir contra sus propios actos, puesto que no hay acto jurídico real alguno; y, en consecuencia, también sus herederos, en cuanto subrogados en todos los derechos y obligaciones de su causante, podrán impugnarlos (24) (S. 30 junio 1931, 19 mayo 1932, 25 junio 1956, 29 noviembre 1958, 3 abril 1962 y 8 febrero 1972). La acción será imprescriptible por no ser posible prescripción sanatoria de un negocio inexistente (*nihil agitur et ex nihilo nihil*) (25), sin perjuicio de que la cosa, aparente objeto del negocio simulado, pueda ser adquirida por usucapión extraordinaria.

A la *simulación relativa de un negocio oneroso que disimule un acto de liberalidad* parece, a primera vista, que debe aplicársele la doctrina general de la *simulación relativa* (*simulatio non nuda*). Es decir, el negocio simulado, al carecer de causa verdadera, es nulo; pero el disimulado es válido si se apoya en una causa verdadera y lícita, conforme al artículo 1.276 C. c. y reúne, además, los requisitos que su naturaleza exige (26). Si entramos detenida y cuidadosamente en la cuestión hallamos, que quien sostenga la validez de la donación disimulada bajo la apariencia de una compraventa u otro negocio oneroso simulado, deberá superar los siguientes obstáculos:

- 1.º) La prueba de la realidad de la donación disimulada.
- 2.º) La necesidad de que ésta reúna todos los requisitos sustanciales y formales exigidos para su validez.
- 3.º) Que no revista carácter fraudulento tal operación en su conjunto que vicie totalmente e implique la nulidad incluso de la donación disimulada por teñir de ilicitud a su causa y aplicarse entonces el artículo 1.275, C. c.

(23) Cfr. FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, §§ 424 y s., ed. Madrid 1967, p. 348.

(24) Cfr. FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, II, B, b, b, en *A.D.C.* I-I, enero-marzo 1948, p. 50.

(25) F. DE CASTRO BRAVO, op. últ. cit., § 440, p. 357.

(26) Cfr. FUENMAYOR, loc. últ. cit. b, p. 50. Según ha declarado el Tribunal Supremo en S. 13 febrero 1958: "La simulación relativa tiene por efecto la nulidad del negocio aparente, pero como la simulación no se agota en la simple producción de la apariencia, sino que ésta es sólo un medio para ocultar un negocio verdadero que se concluye entre las partes, la ineficacia de la forma externa simulada no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero encerrado, la demostración de la simulación hace desaparecer la relación fingida que media entre las partes, con el fin de enmascarar, pero deja intacta la relación verdadera que las partes han concluido secretamente, la cual será eficaz en cuanto reúna las condiciones necesarias para su existencia y validez."

4.º) Que la donación disimulada no lesione legítima alguna, por lo cual no es preciso revocarla ni reducirla.

Por el orden enunciado trataremos de desentrañar los múltiples problemas que los obstáculos expresados plantean.

6. Probada la simulación del negocio oneroso es preciso probar, si no ha resultado ya de aquella misma prueba, la existencia verdadera del negocio disimulado. Es decir, en los supuestos que analizamos, de la donación que se oculta bajo la forma de una transmisión onerosa probadamente simulada. Así resulta de la norma enunciada por el artículo 1.276 CC.: “*La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita*”.

Naturalmente, que entre los medios de prueba admisibles, no cabe excluir las presunciones, cuando “*el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado*”, (Art. 1.249 C. c.) y “*entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano*”, (Art. 1.253).

Si falta la prueba de la existencia de un negocio disimulado, no queda sino aplicar las consecuencias de la simulación absoluta, como ha hecho el Tribunal Supremo, v. gr., en Ss. 20 diciembre 1968 y 8 febrero 1972. Ni cabe recurrir en casación alegando que no se tuvo en cuenta el negocio disimulado si no fue aducida su existencia en el pleito conforme declararon las Ss. 12 noviembre 1920, 19 mayo 1932 y 29 marzo 1952.

Como hemos visto, conforme al artículo 1.276 no basta probar la causa *verdadera*, es necesario además, demostrar que es *lícita*. Licitud que es normal en las causas “*de pura beneficencia*” y de “*mera liberalidad del bienhechor*” señaladas como típicas de los negocios de pura beneficencia en el artículo 1.274 CC., y que de por sí no se hallan incluidos entre las causas lícitas que define el artículo 1.275, apartado 2.º, al decir: “*Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*”. Oposición que habrá de ser demostrada probando la ilicitud del motivo determinante: *causa torpe* (art. 1.306) o *fraude de la Ley* (art. 4.º § 1.º CC.).

Pero además, como la causa encarna en un negocio jurídico, típico o atípico, éste deberá reunir los requisitos necesarios para su validez: capacidad de las partes, objeto, forma, no inclusión en prohibición legal alguna, etc. (27). Esta natural exigencia, referida a un acto gratuito disimulado, nos conduce al segundo de los problemas enunciados, es decir, al de determinar si la donación disimulada en una compraventa u otro negocio oneroso disimulado debe reunir los requisitos de forma exigidos para las donaciones en el Código civil y de cuál es el alcance de esa exigencia de la forma. De ello deberemos ocuparnos a continuación:

(27) Cfr. F. DE CASTRO, op. últ. cit., § 435, p. 353.

7. La exigencia de que la donación disimulada reúna todos los requisitos personales, reales y formales exigidos en la regulación de las donaciones descubiertas, ha planteado entre otras cuestiones muy debatidas la sustancial relativa al alcance de los requisitos de forma impuesto en los artículos 632 (28) y, en especial, 633 (29) del Código civil. Este exige el otorgamiento en escritura pública de la donación de cosa inmueble y de su aceptación; requisitos que han sido considerados de forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem*, que escapan a la posibilidad de que su cumplimiento sea exigido por el donatario, al contrario de lo que ocurre, conforme al artículo 1.279, en los supuestos incluidos en el artículo 1.280 (30).

Sin olvidarse de esta exigencia, algunos autores (31), no han puesto en duda que la compraventa simulada que oculta una donación disimulada pueda valer en cuanto valiere ésta de no estar teñida de ilicitud su causa y en cuanto no lesione legítima alguna. La forma notarial de la escritura pública de compraventa cubrirá así la forma exigida para la donación de bienes inmuebles en el artículo 633 Código civil, aún en el caso de considerarse exigible el cumplimiento de ese requisito formal para la validez de la donación disimulada (32).

(28) Art. 632: "La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito.

"La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación."

(29) Art. 633: "Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

"La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

"Hecha en escritura separada deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante y se anotará esta diligencia en ambas escrituras."

(30) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español*, común y foral, vol. III, Madrid 1959, § LXXXVIII, VI 2, B, p. 336.

(31) No han dudado de que debe estimarse válida la donación encubierta en una compraventa en cuanto no lesione legítima alguna: FRANCISCO BONET RAMÓN, *Comentario a la S. 12 abril de 1944*, en *R. D. P. XXVIII*, junio 1944, p. 551; JULIÁN DÁVILA GARCÍA, *Herederos y legitimarios. Actos y contratos simulados*, en *R. C. D. I. XXI*, febrero 1945, pp. 107 y ss.; FRANCISCO VIRGILI SORRIBES, *Heredero forzoso y heredero voluntario, su condición jurídica*, 3, B, en *R. C. D. I. XXI*, julio-agosto 1945, pp. 491 y s.; y, en cuanto no están viciadas por ilicitud de la causa, AMADEO DE FUENMAYOR, loc. últ. cit., pp. 50 a 57; LUIS GÓMEZ MORÁN, *Tratado Teórico Práctico de participaciones*, Madrid 1950, pp. 330 y ss.; TORRELLA MAS DE XAXÁS, *La forma en las donaciones simuladas de inmuebles*, tesis doctoral inédita, citada por FEDERICO DE CASTRO que la califica de "sobresaliente", cfr. nota 3, de *La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble*, en *A. D. C.*, VI-IV, octubre-diciembre 1953, p. 1014; JAVIER CABANAS, *Observaciones a la S. 28 febrero 1953*, en *A. D. C.*, VI-III, julio-septiembre 1953, p. 742; FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, vol. V-II, Madrid 1963, cap. XII, 5, 3.º, pp. 395 y s.; JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, vol. V-III, Barcelona 1964, cap. II, 2, C, pp. 196 y ss.

(32) Notemos, no obstante, que el supuesto a que BONET RAMÓN, loc. últ. cit., refería en su comentario, es decir, el contemplado en la S. 12 abril 1944,

Castán Tobeñas (33), más cauteloso, muestra su aquiescencia a que la validez del negocio disimulado “si es lícito y reúne además los requisitos que correspondan a su naturaleza especial”, se aplique “con criterio saludablemente restrictivo”, como en las Sentencias 3 marzo 1932 y 22 febrero 1940, exigiendo “que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la Ley, doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicada en materia de donaciones puras y simples, y de la que se deduce que una escritura en la que consta una compraventa es nula cuando falta el precio, y no puede servir como donación por no resultar probada su existencia de la manera y forma que exige el artículo 633 del Código, ni constar la aceptación auténtica, que es también requisito esencial según el artículo 630 del mismo Cuerpo legal”. Si bien, en la 8.^a edición añadió que “sigue una dirección en cierto modo contraria, la [Sentencia] de 29 de enero de 1945 por referirse a un caso de donación perfecta, con causa verdadera y lícita, encubierta bajo la apariencia de una compraventa”.

Pero quien más ha insistido en que una compraventa simulada de cosa inmueble aunque esté formalizada en escritura pública no puede con ésta llenar el requisito de forma exigido en el artículo 633 CC., ha sido otro querido ilustre maestro, Federico de Castro (34). Su criterio se funda en que “la donación oculta debe reunir todos los requisitos exigidos para la donación descubierta: es decir, que no podrá eximirse de los requisitos de forma porque no puede hacerse indirectamente lo que no puede hacerse directamente”, y el requisito de forma de una donación exige “que cubra todos los elementos esenciales del contrato”, incluidos en el artículo 1.261, de los cuales “no es posible excluir la causa; que precisamente es la determinante del tipo del negocio”. Y por ello, concluye: “no se puede decir que una donación se ha hecho en escritura pública cuando en ésta no aparece el carácter gratuito, cuando no se ha declarado ante notario que se hace y se acepta la donación”. Con este criterio, en la compraventa simulada: “el notario ha autenticado la compraventa de la cosa inmueble (negocio simulado), algo meramente externo y sin valor; la donación, o sea, la declaración del donante y la acep-

consistía en una venta simulada de varias fincas rústicas otorgada en documento privado que encubría una donación.

(33) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, I-II, ed. Madrid 1952, § XXXV-IV, 1, D, c, p. 507.

(34) FEDERICO DE CASTRO, *La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble, comentario a la Sentencia de 23 junio 1953*, en *A. D. C.*, VI-IV, pp. 1003 y ss., y *El negocio jurídico*, cit., § 436, pp. 353 y ss. Recoge y acepta esta opinión GARCÍA BERNARDO, *Formalismo jurídico y documento notarial*, en *R. D. Not.*, XXXVI, abril-junio 1962, p. 83 y *La legítima en el Código Civil*, Oviedo 1964, pp. 153 y ss. También muestra su identificación con este criterio MANUEL ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I, Barcelona 1970, cap. V, n. 86, nota 79, p. 515.

tación del donatario (negocio disimulado) se ha hecho a espaldas del notario, carece por tanto de la exigida forma legal".

8. Es de notar que tanto la jurisprudencia francesa (35) como la italiana (36), ésta influída decisivamente por el peso de las opiniones de Ferrara (37) y de Betti (38), han seguido el criterio de considerar válida la donación disimulada bajo la apariencia de una compraventa simulada con tal de que se den los requisitos de fondo y forma exigidos para la validez de las donaciones, bastando que la compraventa simulada se hayan otorgado en escritura pública para que ese requisito formal de la donación se considere cumplido. Federico de Castro (39) ha discutido las construcciones doctrinales de ambos ilustres juristas italianos. Controversia que nos parece muy importante para dilucidar esta cuestión que nos ocupa.

Contra la opinión de Ferrara de que la forma pública del negocio oneroso simulado será forma externa suficiente de la donación disimulada, afirma Castro Bravo que sus razones no son convicentes: "a) porque la forma no se impone sólo ni primordialmente en favor del donante, y porque hasta la protección misma de este queda disminuida, al no consultar abiertamente con el notario y al no quedar garantizada debidamente la facultad de revocación (no se le harán las advertencias legales, art. 194, R.N.); b), se afirma lo que es la cuestión, pues se trata de saber si la ley exige que la misma donación se otorgue en escritura pública; c), aquí no se trata de aplicar los principios del fraude de ley, sino la nulidad de los actos contra la ley; d), porque la desaparición de un uso, la condena de una figura basada en la mentira y la amenaza de interés nacida precisamente por poner en peligro otros intereses superiores (del Fisco, de la familia, de los acreedores y demás terceros) no parecen motivos suficientes para adoptar la solución propuesta".

De estas objeciones, la fundamental es la segunda. ¿Basta que el negocio simulado se haya otorgado en escritura pública, para que

(35) Cfr. PLANOL RIPERT TRASBOT y LOUSSOUARN, *Traité Pratique de Droit civil Français*, vol. V, 2.^a ed. París 1957, n. 425-bis, p. 550. La jurisprudencia francesa distingue los requisitos de fondo, que exige sean los de las donaciones, y los de forma, que requiere sean los correspondientes al acto a título oneroso simulado.

(36) Cfr. BIONDO BIONDI, *Le donazioni*, Torino 1961, n. 193, p. 579, que en nota 2 recoge la jurisprudencia más fundamental. A juicio suyo, se resume diciendo que la donación disimulada es válida siempre que sean respetados los requisitos de forma y sustancia requeridos por la ley para la donación y que ésta no se halle viciada; y su disciplina no diverge de la general de los negocios jurídicos disimulados incluida la posible incidencia de fraude.

(37) FRANCISCO FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, traducido al castellano por RAFAEL ATARD Y JUAN A. DE LA PUENTE, 3.^a ed. Madrid 1953, nn. 36 a 38, pp. 236 y ss. y n. 57, pp. 292 y ss.

(38) EMILIO BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, traducido al castellano por A. MARTÍN PÉREZ. Madrid s. f., n. 51, pp. 303 y ss.

(39) DE CASTRO, *La simulación y el requisito de..., 4 y 5*, en A. D. C., VI-IV, pp. 1007 y ss.

la forma de la donación se cumpla? Estimamos que la respuesta exige que precisemos el concepto de la donación, y de ello nos ocuparemos después.

Las demás objeciones no parecen decisivas.

La primera se descompone en dos, de las cuales la principal se refiere al fundamento de especial exigencia en las donaciones del requisito de forma. El propio de Castro (40) señala, siguiendo el criterio clásico, dos razones: conveniencia de que el donante proceda con la mayor deliberación y de evitar posibles fraudes: "Lo anómalo y peligroso añade— de la disminución de un patrimonio sin contrapartida ni justificación económica para la familia (herederos forzosos) y para los acreedores y derechohabientes del donante, ha hecho que las leyes concedan una eficacia relativamente menor a los negocios gratuitos; como garantía de los posibles interesados se exige su publicidad, y como sanción de esta se impone en fin la nulidad por carencia de forma".

Con la primera razón justificativa de la forma, para proteger al donante contra su posible ligereza, enlaza sin duda la observación de Castro de que el notario no podrá aconsejar al donante ni hacer las pertinentes advertencias legales. Sin embargo, la madurez de la decisión del donante se centra en la transmisión gratuita de la propiedad, que al hacerse en un acto solemne, que debe encargarse y prepararse y que requiere que solemnemente se declare en él la voluntad traslativa, parece que queda cumplido aunque al hacerse no se exprese la causa real, sino que se enmascare con otra aparente. La madurez de la decisión se refiere al contenido económico, al acto traslativo, al resultado empírico más que a la fórmula jurídica utilizada. El consejo del notario autorizante puede ser precioso, pero no es determinante de la forma, y la falta de advertencias legales no pasa de ser una falta reglamentaria que no afecta a la validez de la forma.

La previsión de fraude, referida a terceras personas, se concreta, fundamentalmente, a que quede fuera de duda la realización de la transmisión y su fecha, despejando toda incertidumbre al respecto. Y esta finalidad la llena la escritura pública en la que se formaliza la transmisión dominical, sea cual fuere el título invocado.

La tercera objeción, al dar por sentado que se trata de aplicar la nulidad de los actos contra la ley, vuelve a reconducirnos al problema, que examinaremos después, de si la forma pública de la donación de inmuebles, que es esencial para la transmisión dominical del inmuebles, debe comprender también la expresión de su causa.

Y, finalmente, los legítimos intereses del propio donante, del Fisco, de los legitimarios, y, en general, de la familia del donante, y de los acreedores, no quedan perjudicados por la validez de la dona-

(40) DE CASTRO, loc. últ. cit., 2, p. 1005.

ción disimulada. Así Ferrara (41) dice que sus efectos serán los mismos que produciría de haber sido estipulada de un modo manifiesto:

- De estar teñida de causa ilícita, seguirá siendo nula, despejado el manto que la encubre.
- De producirse una causa de revocación (ingratitud, sobrevivencia o supervivencia de los hijos), será revocable como verdadera donación.
- Si lesiona alguna legítima será reducible en cuanto sea inoficiosa.
- Si se hizo la simulación para eludir una ley fiscal, deberá satisfacerse el impuesto con la multa correspondiente.
- Añadiremos que, respecto de los acreedores y a efectos de la acción revocatoria y a la responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores del transmitente, serán de aplicación las normas correspondiente a las transmisiones a título gratuito, para lo cual la fecha de la escritura indicará con certeza el instante de la donación.

¿Por qué llevar más lejos la ineficacia del acto? Todo depende del ámbito del requisito de la forma sustancial de las donaciones, que luego debemos analizar.

Más decisiva parece, en cambio, la crítica que el mismo De Castro (42) dedica a la tesis de Betti. A la proposición de éste, de que el negocio oculto tiene valor de negocio interpretativo, objeta que siendo así que ambos son incompatibles, más que una declaración interpretativa contiene una contradeclaración de lo declarado en el negocio simulado, que ha "de salvar un grave obstáculo, el de la ineficacia de los pactos sin forma, modificativos de negocios formales". Y, respecto de la fórmula jurídica de la *conversión*, dice que le parece incompatible con la del negocio interpretativo, pues no hay para qué, ni es posible, recurrir a la conversión "si el negocio simulado se interpretó conforme a la voluntad de las partes", y que el negocio simulado no es querido ni estimado válido por las partes, a diferencia del objeto de conversión, por lo cual ambas hipótesis son totalmente diferentes en uno y otro supuesto.

9. Antes de ocuparnos en profundizar más el problema planteado creemos conveniente repasar la posición de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Se trata de un análisis mucho más complejo de lo que parece cuando se parte únicamente de alinear aquéllas sentencias que siguen en sus considerandos una determinada línea de razonamiento. Creemos que es preciso entrar en el hecho discutido, buscar la *ratio decidendi*, distinguiéndola de los *obiter dicta*, e incluso tratar de desnudar ciertos razonamientos presentados como decisivos, pero que realmente intentan disimular discrepancias de fondo.

(41) FERRARA, op. cit., n. 57, p. 293.

(42) DE CASTRO, loc. últ. cit., 5, pp. 1008 y s.

entre el criterio doctrinal aducido en sentencias anteriores, que pudo resultar adecuado al caso planteado en ellas, pero que no resultaría satisfactorio de ser aplicado al supuesto que fue tenido a la vista en la casación pedida.

En líneas generales ciertamente conviene fijarse en tres grupos genéricos de sentencias.

a) Las que admiten la validez de la donación disimulada en la compraventa simulada si queda demostrada la licitud de su causa y si en escritura pública se contienen la voluntad traslativa y la aceptación, así como la perfecta determinación del contenido transmitido, tanto de los bienes como de las condiciones y cargas impuestas por el transmitente.

b) Las que invocan el incumplimiento del requisito formal del artículo 633 si en la escritura no se expresa la voluntad de donar y la de aceptar la donación y si no resulta expresada la causa de liberalidad determinante de la transmisión.

c) Y las que aún admitiendo dicho criterio formalista, o al menos no discutiéndolo, niegan al heredero voluntario, que no sea legitimario, la legitimación precisa para impugnar la compraventa relativamente simulada.

Pero estas tres líneas jurisprudenciales, contradictorias entre sí en sus rasgos generales, resultan complicadas y difuminadas en muchos casos en su análisis detenido, como luego veremos.

Por ello conviene penetrar en él, para observar y distinguir:

- Los supuestos en que la impugnación es efectuada por el propio transmitente, por sus herederos voluntarios o por legítimos suyos.
- Los casos en que la donación disimulada es *mortis causa*, aquellos en que es *inter vivos* pura y simple, en los supuestos en que si bien *inter vivos*, es condicional, revocable o con cargas, y los casos en que es *inter vivos*, pero remuneratoria.
- Las posibles interferencias de ilicitud en la causa o bien de carencia o de limitación de la facultad de disponer a título gratuito por parte del transmitente.
- Así como los términos en que quedó planteada la *litis*; los hechos que fueron dados como probados por el Tribunal *a quo* y el modo como fue interpuesto al recurso de casación.

10. Cuando hemos repasado la opinión de los autores castellanos en torno a los reconocimientos y compraventas simuladas que encubrían una donación, les hemos visto discutir o proponer su nulidad por ilicitud de la causa o su rescisión en cuanto lesionaran alguna legítima, según los supuestos planteados. Sin embargo, no hemos hallado alegada, por ninguno, la nulidad por defecto de forma de las compraventas simuladas en las cuales la transmisión quedaba probada por escritura pública, a pesar de que —como recordó García Goye-

na (43)— por Derecho romano las donaciones que excedieran de 500 sueños de oro requerían la insinuación judicial (Dig. XXXII-III, 25; LIX-V, 7 pr. y Cod. VIII-LIV 27 y 36, § 3) a la que no se sometían las compraventas, y de que la ley 9, tít. V, Partida 5.^a, para la validez de las donaciones de más de 500 maravedíes de oro, exigió en términos generales que el donante “*lo fiziesse con carta e con sabiduría del mayor juzgador del lugar*”, con el objeto de “evitar fraudes y prodigalidades indiscretas”, quedando la donación de inmuebles “sujeta a escritura y a la toma de razón en el oficio de hipotecas desde su creación, título 16, libro 10, Novísima Recopilación”.

Tampoco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hasta la S. 3 marzo 1932 de la que después nos ocuparemos, ni siquiera se había planteado la cuestión de que la donación disimulada en una escritura pública en la que se simulare una compraventa, no pudiera valer por el defecto formal de no constar en ella el *animus donandi*.

Así vemos estimado que la compraventa simulada en cuestión, encubre una donación, y que como tal ésta es valorada, en Sentencias 10 diciembre 1904 (44), 5 diciembre 1916 (45), 30 junio 1944 (46),

(43) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid 1852, vol. II, art. 946, p. 292.

(44) En el supuesto contemplado a la S. 10 diciembre 1904 el Juez de Primera Instancia del distrito de San Juan de Murcia había fallado que la venta de las casas hecha por la demandada a su sobrino, el otro demandado, se había realizado para perjudicar al acreedor demandante, por lo cual la declaró rescindida y ordenó la cancelación de la correspondiente inscripción, declaración modificada en parte por la Audiencia Territorial de Albacete en la sentencia de apelación, que limitó la rescisión tan sólo en la parte y precio suficiente para realizar el pago al demandante. El Tribunal Supremo consideró que la presunción de que la causa de la transmisión fue la liberalidad “es tan fundada y racional que basta la lectura del documento que la contiene para persuadirse de ello”.

(45) En el supuesto de hecho del recurso que resolvió la S. 5 diciembre 1916 lo constituyó la impugnación, por los herederos de la esposa del vendedor, de la compraventa simulada por éste a favor de una fiel sirvienta de la casa, que encubría una donación remuneratoria que entraba dentro de las facultades dispositivas del transmitente contra lo que pretendían aquellos que habían sido instituidos solamente en el residuo. De los considerandos de esta sentencia nos interesa en especial la afirmación del primero de que: “conforme la doctrina establecida en los artículos 1.275, 1.276 y 1.277 del Código civil, el mero hecho de alegar las partes una causa inexacta o falsa al celebrar un contrato no anula éste, siempre que se justifique haberse fundado en otra verdadera y lícita, así como que, aunque no se exprese la causa en el contrato, se presume que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario”.

Y, de los tres últimos, que no tiene trascendencia la falta de proporción entre el servicio prestado y la remuneración concedida, que no la exige la ley en este tipo de contratos; que no se demostró la ilicitud de la causa y que “fundados todos los motivos del recurso en la falta de causa del contrato de referencia, cae por su base desde el momento que, resultando evidente por lo antes expuesto la existencia de su causa, concurren en él cuantos requisitos exige para su eficacia el artículo 1.261 del Código civil”.

(46) La S. 30 junio 1944 rechazó el recurso de casación interpuesto por un hermano, instituido heredero con otros hermanos y sobrinos por la causante, y actor en petición de nulidad por simulación de unas compraventas por ella otorgadas en escritura pública a favor de unos sobrinos, contra la

29 enero 1945, 19 enero 1950 (47), 16 noviembre 1956 (48), 15 enero 1959 (49), 22 marzo 1961 (50).

sentencia de la Audiencia de Sevilla que admitió la validez de las donaciones disimuladas en dichas compraventas. Alegada aplicación indebida del artículo 1.276, en relación con el 1.277 e inaplicación del 1.275 C. c., el Tribunal Supremo, en la indicada Sentencia de la que fue ponente el Magistrado Celestino Valledor, negó legitimación al actor, como heredero voluntario, por falta de interés jurídico tutelable al no habérsela lesionado derecho subjetivo alguno, "porque no teniendo doña... herederos forzosos, ni ninguna otra restricción en la facultad dispositiva, pudo transmitir libremente la propiedad de sus bienes por acto oneroso o lucrativo *inter vivos o mortis causa*, y la posición jurídica de su hermano don..., como heredero voluntario, no le atribuye otro derecho que el comprendido en el marco de su institución que le impone acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo la causante, siquiera fuere por acto de liberalidad disfrazado con causa onerosa, en las escrituras de compraventa...".

(47) La S. 19 enero 1950, de la que fue Ponente el Magistrado, Celestino Valledor, rechazó un recurso de casación presentado por unos hermanos del causante, demandados por una hija de éste que había pedido la nulidad por simulación absoluta de la venta otorgada por éste a favor de sus tres hermanos demandados. La sentencia de la Audiencia de La Coruña había declarado que el contrato de compraventa fue simulado y por tanto inexistente, careciendo de todo valor y efecto como contrato de compraventa; y que el contrato de donación que encubría fue perfectamente válido y eficaz en tanto no perjudicara los derechos legítimos de la actora, a la que reservó los que pudieran asistirle para interesar la reducción de la donación. El primer motivo del recurso de casación interpuesto por los demandados fue basado en que existía incongruencia entre la demanda que se limitó a pedir la inexistencia del contrato y su nulidad, y el fallo recurrido al declarar que bajo el contrato simulado de compraventa se encubrió una real de donación *inter vivos* fundada en una causa verdadera y lícita y, por tanto, válida. Esa pretendida incongruencia fue rechazada, por el Tribunal Supremo, en el tercer considerando, "porque del examen comparativo de la demanda y de la sentencia se desprende que los hechos que sirven de fundamento a una y otra, falta del precio en la compraventa y acto de liberalidad del supuesto vendedor en favor de los supuestos compradores, son idénticos...". (Del análisis del 2.^o considerando deberemos ocuparnos después.)

(48) En el supuesto contemplado en la S. 16 noviembre 1956, un sobrino había impugnado una serie de ventas de numerosas de fincas, efectuadas, con reserva de usufructo, por su tía carnal a varias personas. El Juzgado de Primera Instancia de Egea de los Caballeros había desestimado la demanda y su sentencia fue confirmada por la Audiencia Territorial de Zaragoza, que fue recurrida, alegándose infracción de los artículos 622 y 623 del Código civil y fundándose en que la construcción de la sentencia se basó en que las escrituras, simuladamente de compraventa, encubrían donaciones *inter vivos*. El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado, López Peces, rechazó el recurso razonando en su primer considerando que:

"...denuncia el recurrente infracción de los artículos 622 y 633 del Código civil por no darles la debida aplicación, ya que al estimar la Sala la instancia que el contenido que las escrituras de 20 de enero de 1953 es una disimulada donación y no una compraventa como de su contexto aparece, debió tener presente que los aludidos instrumentos públicos carecen de los requisitos de fondo y forma que taxativamente exigen los preceptos legales citados para que pueda estimarse eficaz el contrato de donación, y, por tanto, de haberse aplicado los dichos artículos, no hubiera podido hacer la Sala la manifestación que sirve de fundamento a la resolución recurrida, pero al razonar así el recurrente parece olvidar que la jurisprudencia al estudiar el tema de los negocios disimulados —simulación relativa— en el que la apariencia del acto y su real contenido no implica una ausencia total de voluntad y de acto real,

También hallamos una serie de sentencias en las cuales se discute y resuelve como si se diera por presupuesta la posible validez de la donación disimulada, aunque la sentencia no la declare por diversas circunstancias, sustantivas o procesales. Así:

- Se hace notar que sólo se ha declarado la nulidad del negocio simulado sin haberse entrado a discutir, por no haberse planteado debidamente, la existencia y validez de la donación di-

sino una mera ocultación de un negocio verdadero querido así por las partes, bajo la falsa apariencia de un negocio fingido, viene declarando que la ineeficacia de la forma externa simulada no es obstáculo para la posible validez del negocio disimulado que contiene en tanto éste sea lícito y reúna a más de los requisitos de fondo generales los que corresponda a su naturaleza especial, y en casos como el presente de tan calificados matices, es de ineludible aplicación la doctrina de la sentencia de 29 de enero de 1945 referente asimismo a un caso de encubierta donación remuneratoria en méritos de la cual los otorgantes utilizaron para su convenido negocio la forma de escritura pública y consta la aceptación de los fingidos compradores y reales donatarios, como por cierto con el empleo del mismo verbo se consigna en las escrituras debatidas en este pleito y no infringió el juzgador de instancia al dejar de aplicarlos los citados artículos 622 y 633 del Código civil, habiendo de ser por ello desestimado el primer motivo de recurso.

(49) La S. 15 enero 1959 se halló ante la reclamación formulada por los causahabientes de un marido premuerto sin descendencia, que había instituido heredera universal a su esposa, "en pleno dominio", autorizándola a "disponer libremente" de los bienes "por actos *inter vivos*" "sin limitación alguna", y, para después del fallecimiento de ésta, a los hermanos de doble vínculo del propio testador; e interpuesta contra los sobrinos carnales de la viuda, a quienes está en dos escrituras de compraventa había enajenado los bienes procedentes de la herencia de su marido, reclamando que se declararan dichas escrituras simuladas, e inexistentes las compraventas. La demanda había sido desestimada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sanlúcar la Mayor, confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla. El recurso de casación, que denunció violación de los artículos 633 y 636 C. c., fue rechazado por el Tribunal Supremo, siendo ponente Francisco Bonet Ramón, a pesar de repetir en su 2.^o considerando las palabras sobre la "doctrina rigurosa" aplicada a las donaciones simuladas, repetidas desde la S. 3 marzo 1932 —como luego veremos— por la casi totalidad de las sentencias que han fallado lo contrario, luego, en su tercer considerando, razona que a la voluntad del testador, al instituir a su esposa, "era prohibir únicamente la libre disposición de los bienes por actos *mortis causa*, por lo que es obvio que le está permitido hacer donaciones *inter vivos*, puras o condicionales, ya que de hacerlas no contravenía prohibición alguna que le fuera impuesta por el testador por lo que si otorga una compraventa y esta encubre una donación con causa lícita y verdadera, y resulta el *animus donandi* y la aceptación en la misma escritura el contrato reviste los caracteres de una donación perfecta e irrevocable".

(50) La S. 22 de marzo de 1961 se halló ante la demanda de una hija que reclamada la nulidad de las transmisiones de varias fincas verificadas en compraventas simuladas efectuadas o reiteradas en escritura pública, que la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife declaró que contenían donaciones libremente efectuadas como recompensa de los muchos servicios prestados por los adquirentes y en méritos al mucho cariño profesado. El Tribunal Supremo, siendo ponente Bonet Ramón, rechazó el recurso que pedía se declarase la nulidad de la donación por ilicitud de la

simulada, en Ss. 12 noviembre 1920 (51), 19 marzo 1932 (52), 29 marzo 1952 (53).

- Se observa que la simulación declarada por la sentencia recurrida es absoluta, sin haberse mantenido antes del recurso.

causa, considerando “que la referencia que el artículo 1.274 hace a la causa en los contratos remuneratorios es aplicable al supuesto de donación remuneratoria, en que el servicio que se remunera lo es por mera liberalidad del donante, ya que no está obligado a ello legalmente”... “que esto sentado no puede concluirse que la causa de tal donación remuneratoria sea ilícita como pretende el motivo primero del recurso, fundado en que se trata de un contrato de pura beneficencia mediante el cual se concultan normas de derecho necesario reguladores de la sucesión forzosa burlando los derechos legitimarios de los hijos de los donantes, pues, aparte de su carácter remuneratorio..., tal donación no agotó —como es lo característico en los negocios encaminados a la privación de las legítimas— el patrimonio de los donantes, ni extinguíó portando el as hereditario...”, que “se presenta como bastante para poder cubrir los derechos legitimarios...”.

(51) La S. 12 noviembre 1920 declaró, en su 4.^º considerando, “que no es posible estimar el cuarto motivo del recurso, en que se cita como infringido el artículo 808 del Código, en cuanto concede al testador la facultad de disponer libremente del tercio de sus bienes, porque este pleito versa sólo y exclusivamente sobre la validez o nulidad del contrato de permuta y no sobre la nulidad o validez de ninguna donación o legado que hiciera el J. R. F. del tercio de sus bienes...”. Donación que en el recurso de casación, invocó el recurrente que se hallaba disimulada detrás de la venta y permuta simuladas, mientras que en el pleito había sostenido que éstas eran verdaderas.

(52) La S. 19 mayo 1932, ante un fallo recurrido que declaró la nulidad de una escritura de compraventa simulada por no haber mediado precio, rechazó el recurso de casación, considerando “que es doctrina reiterada de este Tribunal Supremo la de que no pueden considerarse infringidas leyes o preceptos relativos a cuestiones que antes no hayan sido planteadas y debatidas oportunamente en el pleito”, entre las que señaló la relativa a existir una donación disimulada válida detrás del negocio simulado, que no se alegó por el recurrente en el escrito de réplica al contestar la demanda reconvenencial, por lo que la Sala sentenciadora no pudo infringir el artículo 636 C. c.

(53) La S. 29 marzo de 1952, ante un recurso de casación que alegaba violación de los artículos 1.276 y 1.214 C. c. y la doctrina legal contenida en las Ss. de 29 enero 1945, 25 mayo 1944, 12 abril 1944 y 23 febrero 1943, lo rechazó considerando que:

...“la Sala sentenciadora, en su fallo, se limitó a afirmar que los contratos de compraventa celebrados... son absolutamente nulos, como lo son efectivamente por simulación, pero no dice que esta simulación sea absoluta en el sentido de que no existan otros contratos subyacentes reales y verdaderos encubiertos bajo los contratos aparentes, antes, por el contrario, afirma aceptando los considerandos cuarto y quinto del Juzgado que se ha pretendido encubrir una transmisión gratuita y que el demandado se ha amparado en una donación encubierta, lo que excluye una simulación absoluta y sirve para entender el fallo en el sentido de que se refiere únicamente a la nulidad de las compraventas impugnadas, lo que sucede en todos los casos de simulación sea absoluta o relativa”.

...“tampoco en la demanda se pide una declaración de simulación absoluta, sino que se declaran absolutamente nulos e inexistentes los referidos contratos siendo conceptos distintos de nulidad absoluta de un contrato y la existencia de simulación absoluta, la cual no sólo anula el contrato aparente, sino que declara además la inexistencia de otro contrato verdadero y válido, sobre el cual no hace el fallo pronunciamiento alguno ajustándose estrictamente a lo pedido en la demanda, y tampoco se ha debatido en el pleito la existencia de simulación relativa.”

so ni por tanto probado la existencia de una donación disimulada, en S. 19 diciembre 1960 (54).

- Se declara la ilicitud de la donación disimulada o de la causa real, sin aludirse siquiera a la cuestión formal que nos ocupa, en Ss. 2 abril y 12 junio 1941, 12 abril 1944, 12 abril 1946, 24 marzo 1950 y 28 febrero 1953.
- Se parte de la validez de la donación disimulada en una compraventa formalizada en escritura pública; pero, en el caso de autos, se decreta la invalidez de la donación, por no describirse los bienes ni determinarse el valor de las cargas en la escritura en S. 23 octubre 1929 (55); o por falta de escritura pública, pues las ventas se hicieron en documen-

"... en el recurso no ataca, sino que se admite la nulidad de los repetidos contratos de compraventa, única cosa que el fallo recurrido afirma, y, por tanto, las alegaciones del recurrente no son operantes a efectos de casación."

(54) La S. 19 diciembre 1960, partió de considerar "que establecido por la sentencia recurrida determinados elementos de facto sobre los que fundamenta la presunción de simulación absoluta por falta de precio de las escrituras públicas de compraventa otorgadas por doña... a favor de sus hijas..."; y "que al quedar en pie las declaraciones de hecho en las que se sustenta la de ser simuladas las referidas escrituras de compraventa por carencia de precio, constitutivo para el vendedor de la causa de tales contratos, es indudable su inexistencia por no concurrir en ellos todos los requisitos esenciales prevenidos para su validez en el artículo 1.261 del Código civil, y al ser así no se halla incursa la sentencia que se recurre en la violación de dicho precepto..."; y que la alegación de infracción por no aplicación "en su caso, del artículo 348, en relación con los 618, 619, 622 y 623 del Código civil" y de la doctrina de las Ss. 29 enero 1945, 29 octubre 1956 y 16 de noviembre 1956, que "si se tiene en cuenta que la simulación declarada es de carácter absoluto por carencia de causa, hay que llegar a la conclusión de que los contratos a que se contrae el litigio son nulos por inexistencia sin contenido obligacional, y, por tanto, nada más que con una fingida realidad que no podía producir el efecto de transferir los bienes sólo aparentemente vendidos y, por tanto, no podía transferirlos tampoco como si los contratantes encubrieran negocios disimulados implicativos de donación, que en todo caso precisaría probar su existencia en la forma que prescribe el artículo 633 del Código civil", precisando, además, que la simulada vendedora sólo podía "vender o empeñar" mientras se conservara viuda, pero no donar los bienes objeto de la controversia.

(55) En el supuesto de hecho contemplado en la S. 23 octubre 1929 se daban una venta y una permute simuladas que encubrían una donación, estimada válida por la Sala de la Audiencia de la Coruña, hecha a la nieta predilecta y al esposo de ésta, que había sido efectuada por el causante de los actores y recurrentes. Estos alegaron, como primer motivo, incongruencia de la sentencia recurrida a lo pedido en la demanda y la contestación replica y duplica, pues en la demanda sólo se pidió la declaración de inexistencia de venta y permute, mientras que los demandados se limitaron a pedir que se desestimara la petición de la demanda. En el segundo considerando el Tribunal Supremo aprecia que en las escrituras "no se expresan individualmente, no obstante tratarse de inmuebles, los bienes supuestamente donados y el valor de las cargas que sobre ellos pudieran pesar, a los efectos de la posible reducción en caso de ser inoficiosa la donación", por lo que es patente que, a los precipitados actos jurídicos, les faltan estos requisitos exigidos a las donaciones. También el mismo considerando aprecia infracción del artículo 756 por haberse donado bienes de los que no podía disponer el testador.

to privado, en S. 7 enero 1966 (56), o porque el negocio simulado se encubre en un escritura pública de compraventa y en un documento privado de reconocimiento de deuda, por lo cual se estima que la operación no se contiene totalmente en escritura pública sino sólo en parte, en S. 31 enero 1955 (57); o bien se rechaza la invalidez, solicitada por no haberse formalizado el negocio disimulado en escritura pública, al calificarse el contrato disimulado de cesión de bienes condicional, en S. 26 octubre 1926 (58).

(56) La S. 7 enero 1966 destacó que la distribución de todos los bienes del padre, otorgada por éste y cinco de sus hijos, en la que fue omitida otra hija, entonces en México, "ni se hizo constar en escritura pública, ni se confirmó con arreglo a lo dispuesto en el 658 en relación con el 1.056 del mencionado Código, o 34 del Apéndice aragonés".

(57) La S. 31 enero 1955, de la que fue ponente Salvador Minguijón, recogió en su tercer considerando: "que la Sala sentenciadora, en su considerando quinto da por probado que la voluntad de los otorgantes en la citada escritura... fue disponer a título gratuito de los bienes que en dicho documento se describen a favor de la nombrada C. M. en premio de las atenciones y cuidados que le venía prodigando, pero reservándose el donante la posibilidad de resersión a su favor si por circunstancias especiales así lo estimare oportuno, y según esto hubo en la intención de las partes un contrato subyacente de donación encubierto por el aparente de compraventa, así como hubo al otorgarse el contrato de reconocimiento de deuda... otro contrato también subyacente y encubierto que fue una cláusula reversalista a favor del donante, de manera que la voluntad de las partes, en cuanto al alcance y efectos de la donación, se reflejó en el contenido conjunto de ambos documentos, en los cuales el posterior, o sea, el documento privado..., es el que refleja en forma disimulada la condición reversalista afectante a la donación, no pudiendo valerse ambos documentos separadamente sin mutilar la intencionalidad de que son reflejo, y siendo así, habiéndose incorporado a la donación el pacto reversalista para darle un carácter condicional y constituir con ella una unidad contractual indivisible, es obvio que lo dispuesto en el artículo 633 del Código civil, al exigir para que la donación de cosa inmueble sea válida que se haga en escritura pública, sólo parcialmente aparece cumplido, pues el pacto reversalista se reflejó únicamente en documento privado, lo que impide la validez y eficacia de la donación".

Notemos que fue el mismo donante quien demandó al padre de la sobrina donataria fallecida abintestato. El demandado y recurrente, alegaba que se trataba de dos actos de valor y significado independiente, lo que confirmando el criterio de la Audiencia rechazó, en su cuarto considerando, la sentencia del Tribunal Supremo, que en el séptimo comentó así la alegación del recurrente de que "aunque la cláusula reversalista no sea válida, según el citado artículo 633, por no haberse consignado en escritura pública, este efecto no debe perjudicar a la validez y eficacia de la donación pactada"... "quedó un contrato de donación perfecto y eficaz, lo que indudablemente es cierto y nadie lo ha negado, pero es el caso que dicha cláusula reversalista no se puede suprimir ni aniquilar ni de ella se puede prescindir, porque la Audiencia afirma que existe y afecta por su contenido al contrato de donación, sin que tal apreciación haya sido combatida eficazmente y porque prescindir de esta cláusula sería convertir una donación condicional en donación pura contra la voluntad de las partes".

(58) La S. 26 octubre 1926 se halló ante una calificación hecha por la Audiencia de donación *inter vivos* disimulada, ineficaz por haberse hecho en documento privado, frente a la cual razonó que "al declarar la sentencia recurrida, en contra de las alegaciones y pretensiones de las partes, que la renuncia consignada en la declaración segunda de la repetida partición cons-

11. De las referidas sentencias la de mayor interés para el tema que estudiamos es la de 29 enero 1945 (59), de la que fue Ponente el Magistrado Celestino Valledor, que, en su primer considerando, expuso la posición de la Sala de instancia en la sentencia recurrida y resumió claramente la cuestión planteada en casación:

“... ha venido a casación solamente el tema que versa sobre la validez y eficacia del contrato de donación encubierto por la compraventa, tema que la Sala de instancia examinó, estimando que, bajo el disfraz de la compraventa los contratantes se propusieron realizar una donación, en la que hubo ánimo de liberalidad, concreción de objeto, fin lícito de recompensar a la donataria los servicios y atenciones para con la donante durante una larga convivencia, sin asomo de defraudación a los legitimarios y acreedores; pero como quiera que, a juicio del Tribunal *a quo*, la escritura pública de compraventa no sirve para la pretendida donación, la cual requiere para su validez que ante la presencia notarial el donante exprese “sin disfraz” su voluntad de donar y el donatario la de aceptar “explicitamente” la liberalidad, estima el juzgador de instancia que el contrato disimulado adolece de “vicios esenciales” que hubieran podido motivar su invalidación si oportunamente se hubiere ejercitado la acción que autoriza el artículo 1.300 del Código civil, y, al no haberla ejer-

tituye una donación *inter vivos* a plazo, ineficaz por haberse contenido en documento privado, incurrió en evidente error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas”, y estimó que, contrariamente “se impone estimar la existencia de un contrato de cesión de bienes que había de surtir efecto a la muerte de los esposos D... y Doña...”, por lo que el Tribunal *a quo* “infringió por aplicación indebida, los artículos 618, 621 y 633 del Código civil”.

(59) El supuesto de hecho al que se enfrentó la S. 29 enero 1945 fue el siguiente: La única hija y única y universal heredera testamentaria de la causante, demandó la inexistencia de derecho y carencia de todo valor y efecto, por ser simuladas, de las compraventas otorgadas, en escrituras públicas, por la causante a favor de la demandada. Esta era ahijada de confirmación y matrimonio de la causante, que la había recogido de niña al quedar huérfana de madre y marchar el padre a Cuba y, de la cual, durante veinte años, había recibido servicios consistentes gran parte de ellos en las atenciones y cuidados que requirió la larga enfermedad de la causante y por los que jamás había recibido cantidad alguna. La Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencia modificativa en parte de la del Juzgado, declaró la compraventa inexistente por haber sido simulada; que esta encubrió una donación; que la acción para pedir la posible anulabilidad de la donación por defecto de forma prescribió en vida de la donante, razón por la cual absolvía de la demanda a la demandada. Ambas partes interpusieron sendos recursos de casación. La demandada alegó interpretación errónea y falta de aplicación del artículo 1.276 en relación con los 623 y 633 C. c., al no declarar la sentencia de la Sala lisa y llanamente la validez y eficacia de la donación encubierta, pese a reconocer su realidad y licitud, por negarle eficiencia al considerar que no aparece revestida de las formas intrínsecas que para la donación exige el artículo 633. La demandante invocó aplicación indebida de los artículos 1.300 y 1.301 C. c., en relación con la doctrina sustentada por las Ss. 3 marzo 1932, 22 febrero 1940 y 12 julio 1941, que —como después veremos— habían declarado que la voluntad de donar y la de aceptar la donación son requisitos esenciales que deben constar en la escritura pública para la validez de la donación de inmuebles.

citado durante los cuatro años siguientes a la celebración del contrato. se declara, en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, la existencia de la donación con todos sus efectos legales".

La doctrina de esta Sentencia de 29 de enero 1955 está contenida en los considerandos 2.^º, 3.^º, 4.^º y primera mitad del 5.^º, que conviene releer en su tenor literal .y dicen así:

"Considerando que la discordancia entre la voluntad interna y la voluntad exteriorizada desemboca frecuentemente en negocios simulados, que ofrecen como denominador común una ficción, mediante la cual los contratantes se proponen alcanzar una finalidad distinta de la que es propia del contrato aparentemente celebrado, unas veces, para agotar con la declaración fingida todo el intento de engaño a terceros, generalmente fraudulento, que resume y compendia el móvil principal —*causa finalis*— y el móvil accidental y estipulante —causa impulsiva—, que abrigan los otorgantes en la simulación absoluta, y otras veces para tapar y cobijar un negocio distinto, que es el realmente querido —simulación relativa—, y si en la primera hipótesis el descubrimiento de la voluntad interna pone de relieve el artificio de su exteriorización y vuelve inexistente o sin contenido jurídico al negocio aparente, por carencia de real y verdadero consentimiento, objeto y causa, en la segunda hipótesis, al ser levantado el velo de la ficción y enfrentarse al juzgador con la intención seria de celebrar otro contrato; cobra todo su vigor la voluntad interna, que actúa con plena eficacia si es reveladora de la concurrencia de los requisitos esenciales del negocio jurídico que se ha querido realizar, y en este aspecto entran en juego y aprovechan los actos de los contratantes, siquiera hayan sido efectuados de modo indirecto o a través de una voluntad aparente o falsamente declarada sin móvil fraudulento, porque entonces basta el acto interno para justificarlos y hacerlos surgir a la vida del derecho.

"Considerando que no se pretende rectificar la doctrina de las sentencias de 3 de febrero de 1932, 22 de febrero de 1940 y 12 de julio de 1941, que se invocan en la resolución de instancia, ya que, entre el caso de autos y los examinados por aquellas sentencias, existe tal diversidad de hechos enjuiciados, que si en el presente se opera sobre la donación perfecta, según se dirá después, en aquellos otros casos se ofrecieron a examen de la Sala donaciones, unas veces con causa ilícita y otras en forma de condicional, con retracción oportuna del donante, y no se puede pretender que una misma norma regule la estructura jurídica de hechos dispares o contradictorios.

"Considerando que la aplicación de la precedente doctrina al caso de autos lleva a la conclusión de que si la compraventa encubrió una donación con causa lícita y verdadera, según estima la sentencia recurrida, sin impugnación de este aspecto en el recurso, y si, además, resulta que tanto el "animus 'donandi'" como la aceptación y la designación de la cosa inmueble donada se hicieron constar, sin móvil fraudulento, que ni siquiera fue alegado, en escritura pública:

de fingida compraventa, que sirve para amparar la voluntad interna de liberalidad y la de aceptación, el contrato realmente celebrado reviste los caracteres de una donación perfecta e irrevocable, porque concurren todos los requisitos de fondo y forma exigidos por los artículos 1.261 y 633, en relación con el 1.276 y con el 1.258 del Código civil.

"Considerando que por ser perfecto el contrato de donación, y no haberse alegado, ni vislumbrarse la existencia de vicio alguno en sus requisitos esenciales que pudiera invalidarlo por vía de anulabilidad, regulada en los artículos 1.300 y siguientes del Código civil, ni aún concretamente por el cauce de la causa falsa del contrato de compraventa, puesto que la donación de que se trata tiene causa verdadera y lícita que le sirve de soporte, quiebra la tesis de la sentencia recurrida en cuanto, por un lado, afirma la carencia de requisitos esenciales en la donación por falta de escritura pública en que *sin disfraz* se expresase el consentimiento para donar y para aceptar, lo que equivaldría a negar la eficacia que en nuestro Derecho puede tener en sí mismo el negocio encubierto..."

En consecuencia, el 6.^º considerando comienza por sentar que "por lo expuesto, concurriendo en la donación los elementos esenciales propios de este contrato, carece de base la tesis de la donación inexistente, con secuela de nulidad imprescriptible..."

12. Frente al grupo de sentencias, a las que acabamos de referirnos, hay otra serie que es invocada para sostener que la donación de bienes inmuebles debe reflejarse con el *animus donandi* del donante y el *animus accipiendo* del donatario, o sea, con su *causa liberal*, en la escritura pública, en la que debe aparecer *sin disfraz*.

Su análisis es imprescindible para valorar esa doctrina como posible criterio jurisprudencial.

De las aducidas debemos comenzar por rechazar algunas porque su decisión obedece a una *ratio decidendi* basada en una hipótesis distinta. Así ocurre: con la Sentencia 23 junio 1953, que parte del supuesto de que "no existió *animus donandi*" y de que el contrato subyacente "está fundado en una causa ilícita" (60); con la S. 5 octu-

(60) La S. 23 junio 1953 contempló un supuesto en el cual el padre y legal representante de un nieto del causante, a quien éste había instituido único y universal heredero, demandó a una sobrina del mismo causante y al esposo de ésta, instando la nulidad por simulación de la venta que en escritura notarial había hecho de todos sus inmuebles. El Juzgado de Primera Instancia de San Feliu de Llobregat declaró nulo por simulado e inexistente y falto de causa el contrato de compraventa y, por tanto, sin ningún valor y efecto ni eficacia, y la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia de Barcelona confirmó dicha sentencia. En el recurso de casación se alegó que la sentencia recurrida apreciaba la simulación de la compraventa prescindiendo de que encubriera una donación válida y lícita, con infracción de los artículos 1.276, 618, 636 y 655. El Tribunal Supremo rechazó el recurso y aunque repitió los razonamientos de las Ss. 3 marzo 1932 y 22 febrero 1940, en cuanto al defecto de forma de la donación de inmuebles, de "no resultar probada su existencia en la

bre 1957 (61), en la cuál el recurso de casación se centró en torno a la ilicitud de la causa de la donación encubierta que el demandante había disimulado en una compraventa que, en una escritura pública en la que no intervino, se formalizó y otorgó a favor de la demanda-

manera y forma que exige el artículo 633 del Código civil", es evidente que terminó por expresar que "en todo caso, el Tribunal de Instancia, después de un examen de la prueba practicada en el juicio, sienta la conclusión de que no existió *animus donandi* y que está fundado en una causa ilícita, así como también no declara probado que la donación obedezca al propósito de remunerar los servicios y ayudas económicas...".

(61) La S. 5 octubre 1957 se ocupa de un caso en el cual actor y demandada habían convivido largos años en relación de amancebamiento. Aquél tenía comprada, en documento privado, una nave, que al elevarse la compra a escritura pública se formalizó a favor de ella. Inscrita esa escritura, la señorita abandonó al actor y marchó a vivir a otro domicilio. La sentencia recurrida declaró fundamentalmente inexistente la compraventa a favor de la demandada y que el verdadero comprador fue el demandante; que bajo esa compraventa, relativamente simulada, se encubría una donación de éste y aquella, total y absolutamente nula tanto por ilicitud e inmoralidad de la causa, como por no atenerse a los requisitos que para la donación exige la ley. Respecto de esta última razón—es decir, "porque dicho negocio jurídico no contenía para su eficacia como tal los requisitos que exige la ley, precisamente el artículo 633 en relación con el 630 del Código civil", subrayamos que el donante ni siquiera intervino en la escritura pública de compraventa—, el Tribunal Supremo, en el penúltimo considerando, afirmó, "debiéndose añadir a la opinión del juzgador que tales requisitos son esenciales para la validez de la donación, habiendo declarado la jurisprudencia con reiteración casi unánime, que es necesario el cumplimiento de las formalidades impuestas en la ley, el cual ha de ser especialmente exigido con rigor cuando se trata de donaciones encubiertas (Sentencia de 12 de julio de 1941)", y observó que en el recurso se omitió por completo toda "impugnación ni aun siquiera alusión" a esa "razón del pronunciamiento".

Por ello, como hemos dicho, el recurso y la sentencia se centran en la cuestión de la licitud e inmoralidad de la causa, invocando el recurso violación del artículo 1.306, porque de tratarse de una causa producida por la notoria irregularidad de las relaciones de carácter íntimo existentes durante largos años entre actor y demandada, por ser ambos culpables de la ilicitud, debió aplicarse no el artículo 1.275, sino el 1.306 C. c., que priva a ambos contratantes al ser culpables de poder repetir lo que en virtud del contrato hubieren entregado. A lo cual el mismo penúltimo considerando opuso, que con ello adoptó la recurrente "una posición nueva en el recurso que no manifestó en el pleito y que contradice las alegaciones de los motivos primero y segundo de aquél, al afirmar que en el contrato encubierto no había donación, sino bien retribución debida por las cantidades aportadas al patrimonio común o bien atribución de la parte que le correspondía en el negocio que habían creado juntos el actor y la demandada, pero al considerar este aspecto de la cuestión si se advierte que el juzgador de instancia estimó la ilicitud de la donación encubierta ante la notoria y no negada por ninguno de ellos, convivencia inmoral, se abstuvo al declarar la nulidad del contrato de calificar los hechos que ocasionaban dicha nulidad, que por resultar ser de adulterio o amancebamiento dado el conocido estado civil de casado del actor, hubiera haber hecho forzosa la aplicación del contenido del artículo 1.305, pero en modo alguno la del 1.306, que reclama la recurrente, y como la no aplicación del citado artículo 1.305 no ha sido denunciada en este motivo y el Tribunal sentenciador, como antes se dice, no calificó los hechos, no puede esta Sala en este trámite pronunciarse sobre tal cuestión, pero tiene forzosamente que desistir de este motivo, ya que el Juzgador de instancia ciertamente no aplicó el artículo 1.306 porque sin calificar los hechos objeto de la ilicitud no podrá tampoco hacerlo", y que, "aunque hubiera de haber sido

da; con la Sentencia 11 febrero 1959 (62), que rechazó la casación contra una sentencia en que la Audiencia había declarado la incapacidad del pretendido donante, su falta de consentimiento, la ilicitud de la causa y no haberse reservado en propiedad ni en usufructo lo necesario para vivir, contraviniendo el artículo 644 Código civil, y con la Sentencia de 12 febrero 1966, que califica el supuesto como de simulación absoluta (63).

estimable este motivo, la nulidad de la donación encubierta debería mantenerse porque la primera de las razones que para declararla tuvo la Sala, no ha sido combatida y ha quedado subsistente...”.

Digamos, por nuestra parte, que la ineficacia de la compra a favor de la demandada se debió a su simulación no a causa torpe, y que es la misma demandada la que invoca la donación que tiene la causa torpe para prevalecer del negocio disimulado, supuesto distinto que el de reclamación por el transmitente contra un negocio ostensible con causa torpe por ambas partes. Y que, según luego veremos, el principio *in pari causa turpitudine, melior est conditio possidentis*, sólo es aplicable a los negocios comutativos, pero no a los gratuitos.

(62) La S. 11 febrero 1959 se encara con una compraventa de casa y muebles que la actora había hecho en escritura pública al demandado. Contra esta venta, aquella adujo que no hubo precio y que su consentimiento estuvo influenciado por promesas y engaños. El Juez de Primera Instancia núm 1 de La Coruña declaró nulo e inexistente el contrato por falta de consentimiento y causa, confirmando este extremo la Sala 1.^a de lo Civil de la Audiencia de La Coruña. El Tribunal Supremo, en su 4.^º considerando, opuso al recurso que “carece de aplicación el artículo 1.276 del Código civil, que al admitir la posibilidad de que sea válido un contrato en que se exprese una causa falsa si se probase que estaba fundado en otra verdadera y lícita, establece una excepción que como tal ha de ser aplicada con carácter muy restringido, sin que pueda dársele una amplitud que dentro de él pudiera originar el dejar sin efecto principios capitales que informan la teoría de la contratación en nuestro Derecho, amparando con una habitualidad que sale de su órbita situaciones que rozan o están dentro de lo ilícito, razones que son de tener en cuenta más acusadamente cuando se trata de contratos de compraventa que se dice encubren una donación, pues claramente se advierte cuán fácilmente se burla el rigor formal exigido por el artículo 633 del Código civil, que requiere una auténtica manifestación de voluntad, y en estos principios se inspira la doctrina jurisprudencial sin vacilaciones, ya que la que se invoca responde a un supuesto de esencial aplicación que ya recoge el artículo 1.276 del Código civil; pero de todas suertes en este caso falta el requisito exigido en el artículo 634 del mismo Código, por no constar en forma alguna que la donante se haya reservado en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias”, e, incluso, “faltando el ánimo de donar toda vez que ni se ha acreditado, sino que, por el contrario, se prueba que no existió, ni la liberalidad puede tener el alcance de traspasar todos sus bienes a otra persona”.

(63) La S. 12 febrero 1966 se halló ante un testamento en el que fueron instituidos herederos una hermana de la testadora y el esposo de aquélla, con facultad de vender y consumir en caso de necesidad, debiendo a su fallecimiento pasar el remanente a los hijos de un hermano y a otra hermana de la misma testadora. El esposo de la hermana instituida, después de enviudar de ésta, vendió la nuda propiedad de todos sus bienes a la demandada, con quien dos meses después contrajo matrimonio. Declarada simulada la compraventa por el Juzgado de Primera Instancia de Jarandilla, sentencia confirmada por otra de la Sala Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, ésta fue recurrida por la demandada y el Tribunal Supremo rechazó el recurso, considerando “que la sentencia recurrida declara completamente probado, de acuerdo con la prueba practicada, la inexistencia de la causa de la compra-

De las demás, hemos de separar y destacar la de 29 octubre 1956, en cuanto califica de donación *mortis causa* la disimulada bajo la compraventa simulada que la propia donante quiso revocar (64). Aun cuando, en su tercer considerando, dice que es doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la contenida en Sentencias 3 marzo 1932, 22 febrero 1940 y 23 junio 1953 (en esta última hemos visto que se declaró la falta de *animus donandi*), centra específicamente su *ratio decidendi*, en los considerandos 5 y 7, en el hecho de que la donación *mortis causa* disimulada no se otorgó en forma testamentaria (65) y en que esta forma es requisito esencial, para

venta autorizada en escritura pública..., afirmando que ni se acreditó que el precio figurado de 10.000 pesetas fuese real, ni efectivamente entregado por la compradora, por lo que la justificación causal de la dación de la cosa que se dice vendida estuvo falseada, todo lo cual obliga a estimar simulado, con simulación absoluta, el referido contrato de compraventa...". Declaración que no es impugnable, pues "mientras dichos hechos, como tales queden intocados, es inoperante e inadecuada la alegación en contra de las consecuencias jurídicas que de ellos se pretenden obtener, debido a lo cual forzó la desestimación del motivo segundo..., en que se denuncia aplicación indebida del artículo 1.275 del Código civil e inaplicación de los 1.277 y 1.274 y concordantes del propio texto legal, sin discutir debidamente los hechos que justifican la manera de proceder del Tribunal *a quo* desde el punto de vista estrictamente jurídico".

(64) La S. 29 octubre 1956 se halló ante el siguiente caso. La actora había instituido único y universal heredero a un sobrino suyo, a quien más tarde (al parecer para soslayar la elevada cuantía de los impuestos sucesorios) otorgó una escritura pública de venta de la nuda propiedad de todos los bienes, suscribiendo él varios documentos privados en los que se comprometía al pago de ciertas obligaciones —a las que se califica de legados— para cuando falleciera la parte transmitente. Esta, al parecer, siguió considerándose propietaria de las fincas objeto de la escritura de compraventa. Nueve años más tarde, al pretender aumentar la actora el valor de las cargas impuestas y añadir otras, habida cuenta del extraordinario aumento del valor de las fincas y de la disminución del poder adquisitivo de la moneda, y al tropezar con la negativa del sobrino, sintió desconfianza de éste, y acudió a un letrado con el fin de que las fincas volvieran a ser tituladas a su nombre, como propiedad suya que seguían siendo, y se reconociese que había sido simulada la compraventa. Tras múltiples intentos de transacción, la tía demandó de conciliación a su sobrino, para que se aviniera a estimar nula la escritura, y, cuatro días después, otorgó testamento en el que hizo constar que la escritura de compraventa referida no reflejaba su voluntad, y explicó los móviles que le indujeron a otorgarla, indicó que estaba realizando gestiones para conseguir su anulación por vía amistosa y, de no lograrla, por ésta, por vía judicial, e instituyó herederos por partes iguales a don E. y don S. B. A. y designó varios albaceas contadores partidores con carácter solidario. Muerta la causante, uno de los herederos y uno de los albaceas entablaron la demanda que, tras los trámites oportunos, fue estimada por el Juez de Primera Instancia de Zafra que declaró nula e inexistente, por simulación absoluta, la escritura de compraventa. Apelada esta sentencia, la Audiencia Territorial de Cáceres desestimó la excepción de prescripción alegada por el demandado y estimó en parte la demanda, declarando la nulidad, por simulación relativa, de la compraventa y la de los actos de donación *mortis causa* disimulados, por haber sido éstos expresamente revocados en el último testamento de la donante. En el recurso de casación se alegó fundamentalmente violación de los artículos 820, 1.301, 651, en relación con el 644, 433 y 451 C. c.

(65) Según el 5.^º Considerando de la S. 29 octubre 1956, "frente a la acertada declaración de la Sala sentenciadora de que el contrato de compra-

este tipo de donaciones (66). Criterio este último contra el cual reiteradamente hemos razonado nuestra radical disconformidad (67), pero sin que esto obste, a juicio nuestro, en modo alguno, la justicia del fallo, puesto que, evidentemente, la donante había revocado dicha donación *mortis causa*, dejándola así invalidada por ser las donaciones de ese tipo naturalmente revocables (68).

13. La primera de las sentencias que se aduce como sustentadora del criterio de que falta el requisito de forma, exigido en el artículo 633 Código civil para las donaciones de inmuebles, en una compraventa simulada en escritura pública que encubría una donación *inter vivos*, por no expresarse en ella la voluntad de donar y la de aceptar la donación, es decir, por no reflejar la causa liberal, es la Sentencia de 3 marzo 1932 (69). Esta casó por interpretación erró-

venta..., tenía como fin realizar el deseo de la testadora de que su voluntad testamentaria se cumpliese pagando mandas y legados especificados en los documentos privados de la misma fecha, lo que no puede constituir un contrato en favor de tercero, tratándose en cualquier supuesto de una donación *mortis causa* encubierta y enmascarada bajo la apariencia falaz de un fingido contrato de compraventa, simulado para evitar el pago de derechos reales, ineficaz si no se justifica por ninguno de los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias, alza el recurrente el motivo primero fundado en que la donación hecha en escritura pública de compraventa..., no es de las de tipo *mortis causa*, por no ajustarse a la forma testamentaria tal como ordena la Ley civil en su artículo 620 y la jurisprudencia citada y porque institucionalmente no es catalogable en este grupo vistos los requisitos que dicho artículo 620 de la Ley exige para ellas".

(66) El 7.^º Considerando de la S. 29 octubre 1956 razona que, en inexcusable aplicación de la doctrina legal sostenida por el Tribunal Supremo, "la Sala obró acertadamente al calificar de donación *mortis causa* el negocio jurídico encubierto por el contrato de compraventa..., y al estimar su falta de validez, pues las donaciones de esta clase deben constar en testamento (Sentencias de 3 de enero de 1905 y 24 de abril de 1909), habiendo de prevalecer, según constante jurisprudencia, el criterio del juzgador, de no demostrarse su equivocación o manifiesto error, siempre que la interpretación sea racional, como en este caso sucede, aparte de la falacia del argumento empleado por el recurrente, al argüir que la donación de que se trata no es de las de tipo *mortis causa*, por no ajustarse a la forma testamentaria confundiendo su existencia real, con su existencia jurídica, al tener que declararse su inexistencia en Derecho por inobservancia de la forma requerida *ad substantiam*, todo lo cual reconduce a la desestimación del motivo primero del recurso".

(67) Cfr. nuestros estudios: *La donación "mortis causa" en el Código civil español*, en *Anales de la Ac. Matr. del Notariado*, vol V, Madrid 1950, pp. 633 y ss., donde desarrollamos una idea que nos había sugerido nuestro querido compañero José González Palomino; *Donación, condición y conversión jurídica material*, en *A. D. C.*, V-IV, octubre-diciembre 1952, pp. 1205 y ss.; *La donación "mortis causa" y el Código civil*, en *R. C. D. I.*, XXVIII, 1952, pp. 321 y ss. y *Las donaciones que hayan de producir efectos por muerte del donante, del artículo 620 del Código civil*, en *R. C. D. I.*, XXXVIII, 1965, pp. 225 y ss.

(68) El 6.^º Considerando de la S. 29 octubre 1956, que analiza las donaciones *mortis causa* y su revocabilidad, destaca que la tercera manera de ser revocada consiste en el *arrepentimiento del donante* (ley 11, tít. IV, partida 5.^a), que examina especialmente.

(69) El supuesto de hecho sobre el que gravitó la S. 3 marzo 1932, partió de la demanda que entabló la actora contra una sobrina suya, para

nea del artículo 633 Código civil la sentencia recurrida en la cual se declaraba simulada la venta, pero válida y eficaz para transmitir el dominio de bienes inmuebles, la donación *inter vivos* disimulada en la escritura pública en la que fue formalizada aquélla. El brillantísimo recurso de casación, dirigido por el Letrado Vicente Piniés, adujó argumentos doctrinales esgrimidos por autores extranjeros y el criterio de Tribunales portugueses, reconociendo que en España no se había planteado el problema de la validez de las donaciones de inmuebles disimuladas por falta de requisito de forma aunque el negocio disimulado hubiera sido expresado en escritura pública. Siendo Ponente el Magistrado Aurelio Ballesteros, el Tribunal Supremo declaró la casación y la razonó del siguiente modo:

“Considerando que si bien al amparo del artículo 1.276 del Código civil pueden ser admitidos los negocios disimulados, o sean, los actos jurídicos válidos y lícitos encubiertos por contratos aparentes, pero privados de la causa específica a que va unida su existencia, es necesario para que aquéllos produzcan plenos efectos que se justifique no sólo la concurrencia de los indispensables elementos personales de capacidad y consentimiento, así como la existencia del objeto en que han de apoyarse las relaciones obligatorias o reales ciertamente concertadas, sino también la causa verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades que la ley exigiría a quienes actuaran paladinamente:

“Considerando que esta rigurosa doctrina ha de ser especialmente impuesta, con arreglo a la tradición española, en el campo de las donaciones puras y simples de inmuebles por reflejar las hechas *inter vivos* más que un modo abstracto e independiente de transferir la propiedad, un acto liberal que atribuye el dominio al donatario gratuitamente y que, por significar una merma, sin contraprestación del patrimonio del donante y un enriquecimiento sin gravamen del beneficiario, requiere requisitos y solemnidades que protejan al

que considerase como donación inexistente o nula o simplemente revocable la escritura pública de compraventa simulada que le había otorgado ocho años antes, haciendo constar que ya cuatro años después del otorgamiento la actora había otorgado ante el mismo notario una escritura en la que declaró que en aquélla, si bien figuraba como venta, tuvo por fin realizar una donación condicional, consistiendo las condiciones en que la donataria fuese leal con la donante que continuase en estado de viuda, y de casarse no pudiesen los bienes salir del círculo de sus hermanos, y que la otorgante la tendrían por revocada si la donataria sostuviera que la donación podía existir en la escritura de venta simulada. Días antes de interponer la demanda, la actora hizo constar ante Notario los diferentes agravios que tenía para con su sobrina. La demandada sostuvo que la venta no era simulada y que había entregado el precio por su propia mano para que su tía pudiera invertirlo en vida en fines piadosos conforme sus deseos. El Juez de Primera Instancia de Coria, en sentencia confirmada en todas sus partes por la Audiencia territorial de Cáceres, apreció simulación relativa y declaró que existía una donación *inter vivos* y no una compraventa, siendo aquélla válida y eficaz para transmitir el dominio de bienes inmuebles.

transferente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio de responsabilidad patrimonial les confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o por lo menos desprovista de las defensas que las obligaciones recíprocas y los actos formales ponen en juego:

“Considerando que, a tenor del artículo 633 del Código civil, para que sea válida la donación de cosa inmuble ha de hacerse en escritura pública con expresión de los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, pudiendo formalizarse la aceptación en la misma escritura, o en otra separada, y aunque tales preceptos no se cierre el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa, los intereses más arriba mencionados no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el acto disimulado y en especial el acuerdo de voluntades sobre la gratuitad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica”.

Creemos, sinceramente, que esos considerandos distan mucho de resolver en el sentido alegado, y con la rotundidad que luego se ha atribuido a esta Sentencia, el problema doctrinal de la necesaria insuficiencia de la forma pública de una venta simulada para cubrir formalmente la donación por ésta disimulada. Basta subrayar que su tercer considerando, después de aducir los requisitos formales precisos para la validez de las donaciones de inmuebles, añade: *aunque con tales preceptos no se cierre el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa, los intereses más arriba mencionados no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el negocio disimulado y en especial, el acuerdo de voluntades sobre la gratuitad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica.* Notemos que la salvedad general y la exigencia de los requisitos expresados en el texto subrayado serían contradictorios si la manera indiscutible y auténtica tuviera que circunstanciarse en la propia escritura que expresa el negocio simulado. Pero además, se comprueba que no es exigido al leer, seguidamente, en el cuarto considerando, que estos indispensables requisitos no se pueden estimar cumplidos en el presente caso, sobre todo al tener en cuenta la falta de concordia que se observa entre las manifestaciones de la demandante, doña Cristina, y las de la demandada, doña Luisa; pues mientras la primera asegura en el pleito que el convenio encubierto por la escritura fue un donación condicional, con la obligación en doña Luisa de repartir más tarde los bienes entre ella y sus hermanos, la última no sólo niega la existencia de la donación, sino que lo convenido fue una compraventa cuyo precio satisfizo en los meses y cantidades respectivas que señala... ¿Hubiese sido, pues, otro el fallo si en-

el pleito hubiera resultado auténticamente reconocida, por ambas partes, y acreditada la existencia y el contenido de la donación disimulada? La respuesta, a la vista de lo que hemos transscrito de este y el anterior considerando, parece que debe ser afirmativa. No obstante, el cuarto considerando, continúa: *de todo lo cual claramente se desprende que la escritura antes citada es nula en cuanto a la venta que manifiesta, por falta de precio, y no sirve como donación por no probada la existencia de la misma, del modo y forma que exige el artículo 633, antes citado.*

La segunda, por orden cronológico, de las sentencias aducidas por los defensores de la tesis que ahora analizamos en su reflejo jurisprudencial, es la Sentencia 22 febrero 1940, que se ocupó de otro supuesto de donación disimulada en escritura pública de compraventa simulada, a la cual el actor tachó de falsoedad en la causa y, en todo caso, de maquinación insidiosa que encubría dolo específico de contratación por parte de la demandada, artista que había sido su amante, quien por su parte sostenía la autenticidad y carencia de vicios de la compraventa (70). El Juez de 1.^a Instancia declaró la nulidad de la compraventa por su simulación con ausencia de causa real, y su fallo fue revocado por la Audiencia que estimó relativa la simulación afectante al sólo nombre del contrato, que llevaría consigo la existencia de otro oculto o disimulado, perfectamente válido, conforme al artículo 1.276 Código civil, que pudiera ser el de donación por la totalidad o por el precio reducido de la venta por servicios prestados o por razón de íntima convivencia. El Tribunal Supremo al casar esta sentencia de instancia, formuló bajo la Ponencia del Magistrado José Márquez, una interesante doctrina acerca de la acepción jurídica de la causa, y declaró indebidamente aplicado el artículo 1.276 Código civil por la Audiencia, al admitir ésta que podía tratarse de una donación, "pues la recta aplicación del citado precepto exige, que en los negocios simulados, o sea, con la causa falsa, se justifique la verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la Ley". A continuación, en los siguientes considerandos, reprodujo literalmente parte de los razonamientos de la Sentencia 3 marzo 1932, acerca de la necesaria aplicación de los requisitos de los artículos 633 y 630 para las donaciones aunque estén disimuladas en escrituras públicas de compraventa simuladas.

(70) El supuesto de hecho del pleito que dio lugar a la S. 22 febrero 1940, se refería a un ingeniero que mantenía relación de íntima convivencia con una artista y vendió a ésta sus fincas por un precio que confesó recibido con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública y era muy inferior al real, que suscitó —al enfiarse la intimidad de sus relaciones— litigio en el que alegó la ausencia de causa y simulación consiguiente de la compraventa, o al menos maquinación insidiosa con dolo causante por parte de la artista, que había sido su amante.

La tercera, cronológicamente, de las sentencias aducidas es la de 12 julio 1941, que se enfrentó con una donación de todos los bienes del donante, tanto los heredados de sus ascendientes como de un hijo premuerto, que tres días antes de morir hizo a un sobrino bajo la forma de una escritura pública de compraventa, por el precio de mil pesetas que ni siquiera aparecieron (71). Demandaron los hijos del finado; alegando simulación, que rechazó la Audiencia, pero que fue aceptada por el Tribunal Supremo, que en uno de sus considerandos recoge las principales razones de las Sentencias 3 marzo 1932 y 22 febrero 1940, pero concluyó por declarar como razón decisiva que “reconocida la simulación del contrato, y siendo patente la verdadera naturaleza del mismo, así como el hecho de que el transmitente no se quedó con otros bienes, se impone como lógica consecuencia la estimación de la ilicitud de la causa de dicho contrato, ya que se pretendió por él eludir los artículos 806, 807 y 808 del Código civil, que obligaban a... respetar a sus hijos legítimos sus derechos legitimarios, siendo indudable —como así lo enseña la Sentencia de 28 de octubre de 1907— que no puede conceptuarse que tenga causa lícita la venta de bienes hecha por un padre para sustraerlos a su sucesión, en perjuicio de sus hijos, cual ocurre en el caso de autos”.

14. Este análisis que acabamos de efectuar de las Sentencias 3 febrero 1932, 22 febrero 1940 y 12 julio 1941, confirman lo ajustado que fue a la realidad el tercer considerando de la Sentencia 29 enero 1945 al subrayar que entre su propio caso y los examinados por aquéllos: *existe tal diversidad de hechos enjuiciados que si en el presente se opera sobre donación perfecta... en aquellos otros casos se ofrecieron a examen de la Sala donaciones, unas veces con causa ilícita y otras en forma condicional, con retractación oportuna del donante, y no se puede pretender que una misma norma regule la estructura jurídica de hechos dispares o contradictorios.*

Como réplica a esta Sentencia de 29 de enero 1945 se presentó la de 23 junio 1953 que, según hemos visto antes, decidió que en el supuesto por ella juzgado no existía *animus donandi*, por lo cual la referencia que su tercer considerando hace a las Sentencias 3 marzo 1932 y 22 febrero 1940, de las que literalmente recoge sus prin-

(71) Uno de los considerandos en esta S. 12 julio 1941 concreta así los hechos estimados probados: “todas las circunstancias que acompañan al contrato otorgado entre y, entre ellas las relaciones de convivencia existentes entre las partes, la falta de concresión en cuanto a los bienes que eran objeto de la supuesta venta, la falta de correspondencia sería entre el precio que se dice entregado y el valor de los bienes, y las circunstancias que subsiguen al contrato, como la de no haber encontrado en poder del vendedor al tiempo de su muerte, tres días después del contrato, las mil pesetas que figuraron como precio, revelan la falsedad de la causa consignada en el contrato litigioso, por no ser real y efectivo el precio de la operación, y demuestran que el verdadero propósito de los otorgantes era realizar y recibir, respectivamente, una enajenación gratuita”.

pales razones —acerca de la “doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicada en materia de donaciones puras y simples, cuando consta en una escritura en que se hace figurar una compraventa, que es nula en cuanto falta el precio y no puede servir de donación por no resultar probada su existencia en la manera y forma que exige el artículo 633 del Código civil”—, creemos que no puede tener más valor que el resultante de las dos referidas sentencias anteriores, pues en ésta sólo es premisa de la declaración aceptada “de que no existió *animus donandi*”.

Llegamos a la Sentencia de 5 noviembre 1956, que vuelve a repetir en su segundo considerando el razonamiento tan repetido de la “doctrina rigurosa” antes reproducida. Pero en su supuesto, la posible donación encubierta se verificaba mediante la interposición de tercera persona a través de dos ventas simuladas, en la primera de las cuales se formalizaba una venta de bienes gananciales de su primer matrimonio que hizo el viudo estando por segunda vez casado (72), quien con su primera esposa había otorgado testamento mancomunado, regido por la legislación aragonesa, en el cual se habían instituido recíprocamente herederos con la limitación de no poder disponer *mortis causa* de los bienes que heredaren, el destino de los cuales fue determinado para los que quedaren de cada uno al fallecimiento de ambos. Denunciado, en uno de los motivos del recurso, infracción por falta de aplicación de la doctrina que, en relación con el artículo 1.276 Código civil, declara la validez del negocio disimulado en los supuestos de simulación relativa, y aplicación e interpretación errónea de los artículos 629, 630, 633 Código civil, el noveno considerando de al sentencia lo rechazó declarando que no puede prosperar, “frente a la doctrina de esta Sala, recogida en los dos primeros considerandos de esta sentencia, que aplica debidamente el Tribunal *a quo*, al declarar que los artículos 629, 630 y 633 del Código civil, imponen la necesidad de llenar ciertos requisitos bajo la pena de nulidad, y al no cumplirse, la donación encubierta por la compraventa aparente, es tan ineficaz e inexistente como ésta, aunque el supuesto vendedor estuviera facultado para vender y donar, y aun cuando la Ley reconozca la validez y licitud de estos contratos, cuando se

(72) La simulación tuvo una trayectoria con interposición de tercero. Nostemos que, al contraer segundas nupcias el transmitente, fue a vivir con el nuevo matrimonio una hija de las primeras nupcias de su segunda esposa, que fallecida ésta continuó viviendo, con su esposo, en el domicilio de su padrastro. Once años antes de su fallecimiento, el binubo había vendido en escritura pública bienes gananciales de su primer matrimonio a un amigo del esposo de su hijastra, consistiendo los bienes objeto de la venta en varias fincas, una urbana en la cual el supuesto vendedor siguió viviendo y otras rústicas que continuó poseyendo, cultivándolas y haciendo suyas las cosechas hasta su muerte. Dicha escritura fue inscrita un mes después de fallecido éste y, pocos días después, el pretendido comprador las vendió, a su vez, a una cuñada del marido de la hijastra del binubo fallecido. El juez de Primera Instancia de Borja, en sentencia conformada por la Audiencia Territorial de Zaragoza, declaró simuladas ambas compraventas.

llenan los requisitos de fondo y forma que la Ley exige". Añade aún el siguiente considerando que a igual resultado se llegaría, si se considerarse el negocio encubierto como una donación *mortis causa*, a lo que autorizaría el hecho de declarar probada la Audiencia de que el vendedor hasta su fallecimiento siguió viviendo en la casa y poseyendo las demás, que eran rústicas, cultivándolas y haciendo suyas las cosechas, por falta de los requisitos formales establecidos en el artículo 620 del Código civil, que igualmente determinarían su inexistencia". Vemos, pues, que los hechos calificados no dan un apoyo demasiado firme, pese a lo dicho en algunos de los considerandos, a la doctrina que ahora repasamos.

Tampoco el supuesto de hecho ni la *ratio decidendi* de la Sentencia 7 octubre 1958 la apoyan realmente, a pesar de que en su cuarto considerando declaró con referencia al rigor formal exigido para las donaciones, "que en estas elementales consideraciones se inspiró la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, contenida entre otras en las Sentencias de 3 de marzo de 1932, 22 de febrero de 1940 y 12 de julio de 1941, en fecha más próxima la de 23 de junio de 1953, que rectificando en cierto modo la de 29 de enero de 1945, en cuanto autoriza una interpretación más laxa del artículo 633, en el supuesto de que la donación encubierta tuviese una causa lícita y verdadera y no una maquinación ilícita, mantuvo la que ya puede reputarse clásica y constante doctrina de este Tribunal, contribuyendo así, en aras a la seguridad jurídica, a la necesaria uniformidad de la interpretación". El supuesto de hecho contempló una donación universal, a través de persona interpuesta (73), de la totalidad del patrimonio en beneficio de un nieto, pero con despojo de los demás descendientes legítimos, lo que el primer considerando de la sentencia calificó de "maquinación ilícita determinante de la nulidad que se decreta y que no sólo priva de validez a los contratos simulados, sino también a la donación subyacente carente de causa, y que, además, no resulta hecha ni aceptada por modo expreso en escritura pública, con infracción del artículo 644 del Código civil". Su *ratio decidendi* se patentiza en el quinto considerando, al subrayar "el hecho innegable y no combatido en casación de unos contratos que por su fecha, por sus particularidades y su contexto todo, revelan el ilícito propósito de despojar a los legítimos de sus derechos y vincularlos totalmente a la persona favorecida, ilicitud a que ya se refería en sus posibles manifestaciones la Sentencia ya citada de 3 de marzo de 1932, que en un supuesto semejante al que ahora se da por procedido, el Tribunal sentenciador, interpretando con acierto y no infringiendo, como se pretende el artículo 1276 del Código civil".

(73) El supuesto contemplado en la S. 7 octubre 1958 se refiere a una abuela que simuló la venta de todos sus bienes al padre político de un nieto suyo, a quien en subsiguiente permuta simulada se los transmitió aquél, asumiendo éste la obligación de tener en su compañía, alimentar y cuidar en sus enfermedades hasta su muerte a dicha abuela...

La Sentencia 19 octubre 1959, contempló un supuesto en el cual el Juzgado de 1.^a Instancia número 5 de Barcelona y de la Sala 1 de la Audiencia Territorial habían declarado rescindida por *lesión ultradimidium* una venta que el causante había otorgado a sus hermanas, a quienes fallecido aquél demandó su viuda, como heredera universal del mismo instituida en su último y válido testamento. En el recurso de casación, interpuesto por una de las hermanas de éste, se invocó que no fue una compraventa a bajo precio lo otorgado sino que ésta fue relativamente simulada, pues encubría una donación onerosa. El Tribunal Supremo rechazó el recurso, fundamentalmente porque la apreciación por la sentencia recurrida de la cuestión de hecho no siendo su estimación contraria a la lógica o criterio humano, ha de prevalecer sobre la del recurrente. Pero, a mayor abundamiento, consideró que "la doctrina jurisprudencial, ya clásica, exige un prudente rigor en el cumplimiento de las formalidades y requisitos que el Código requiere para el contrato que se dice encubierto, pues de otra suerte, se daría el caso de que pudiera hacer por modo indirecto lo que directamente no podría efectuarse, rigor por tanto mayor cuando se sostiene la existencia de una donación por el sólo dicho de uno de los contratantes —pues los otros han fallecido— oponiéndose a una acción de rescisión por ser el precio inferior a la mitad del que resulta apreciado como valor real de lo vendido, acción fundada en la legislación vigente en Cataluña, y dentro de los requisitos que para la donación de inmuebles exige el artículo 633 del Código civil, se omite el usufructo de las fincas vendidas que, según el requerimiento de... se reservó verbalmente el vendedor y que tuvo necesidad de hacer notarialmente varios años después; ni tampoco consta la aceptación auténtica de la donación por parte de las supuestas donatarias, pues en el contrato de compraventa sólo aceptan ésta, y la escritura cumple los requisitos de este contrato, y de ello da fe el Notario autorizante, pero no los de la donación, siendo distintas las consecuencias jurídicas de uno y otra", y que, "calificado el contrato de compraventa, no es de aplicación el invocado artículo 619 que se refiere a la donación y, además, refiriéndose a un contrato tildado de simulado, habrían de cumplirse en él los requisitos formales requeridos por el artículo 633, que en su párrafo primero impone implícitamente, si la donación fuese onerosa, que se exprese el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario, expresión aquí omitida, pues el usufructo, si pudiera tener este carácter no se hizo constar y su constatación tuvo lugar años después, y, aunque fuera verbalmente concertado, la escritura no la contiene".

Notemos que el mismo Tribunal Supremo, menos de dos años después, en Sentencia 26 junio 1961, ante un caso de reconocimiento de deuda simulada que la Audiencia Territorial de la La Coruña en la sentencia recurrida había declarado que encubría una donación disimulada, inválida por no haberse aceptado como tal donación,

adoptó un criterio contrario al que hemos visto considerado por la de 19 de octubre de 1959, e insinuado en otras anteriores, así como en las que seguidamente examinaremos, con respecto a la aceptación de la donación disimulada, al aclarar que “teniendo en cuenta que la constante Jurisprudencia de esta Sala, citada en parte por los litigantes, viene declarando que es precisa la aceptación no sólo del contrato simulado, sino también del disimulado con todos los requisito extíngulos y formales precisos para la validez del último, sin que como es lógico, pueda exigirse la expresión categórica de que se acepta el contrato encubierto que precisamente tratan de ocultar los contratantes y que quedaría al descubierto si se expresase la aceptación de la realidad jurídica, aparece evidente que aceptado por el recurrente en forma escrita y en el mismo documento con la fórmula de que es conforme con el referido reconocimiento de deuda en los términos expresados”, “debe estimarse perfeccionada la donación, y hecha por escrito y con pleno conocimiento por parte de los otorgantes de que el negocio jurídico era de liberalidad del donante, encubierto en forma de préstamo inexistente, y al no haberlo entendido así la Sentencia recurrida viola los artículos 1.276, 1.277, 618, 632, en cuanto al fondo...”.

15. Las Sentencias que verdaderamente de un modo rotundo mantiene la más rigurosa doctrina, *formulada hasta aquí más bien en los considerandos que empleada como “ratio decidendi”*, han sido las Sentencias, 10 octubre 1961, 1 diciembre 1964 y 14 mayo 1966. De estas, en la primera y la tercera fueron demandantes los herederos del disimulado donante y en la segunda, éste mismo.

La demanda que desencadenó el pleito, que concluyó la Sentencia 10 octubre 1961, fue interpuesta por los hermanos, herederos abintestato del simulado vendedor, que en sus últimos tiempos y siendo viudo sin descendencia otorgó escritura pública de compraventa a favor de la novia con quien pretendía casarse, habiéndole sorprendido la muerte después de haber tenido lugar las amonestaciones, sin haberlo contraído. El finado no dejó dinero alguno, pese a su modesto género de vida, y en la referida escritura había vendido todos sus bienes. El Juez de 1.^a Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Territorial de Las Palmas consideró válida como donación simple la transmisión formalizada como compraventa evidentemente simulada. El segundo y tercer considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo, que siendo ponente el Magistrado, Tomás Ogayar dio lugar a la casación de la recurrida, insisten respectivamente en la “doctrina rigurosa” acerca de la simulación relativa, citando las sentencias que así lo han considerado antes y después de la de 29 enero 1945, a la que señala como si fuera una excepción, y en el rigor del requisito de forma en las donaciones. Este la impone más severamente que —según vimos— la Sentencia 3 marzo 1932, al declarar que “el artículo 633 del Código civil

requiere una auténtica manifestación de voluntad que no puede ser suplida por otros medios, dado que tales requisitos se exigen para la validez del negocio por lo que todos ellos, sin excepción, han de cumplirse para la eficacia y efectividad, y por ello, para que una donación encubierta o disfrazada de venta sea válida como contrato ya subyacente o disimulado, es necesario el cumplimiento de las formalidades expuestas, pues lo contrario implicaría burlar el rigor formal exigido por el repetido artículo 633 e introducir la duda e incertidumbre en el acuerdo de voluntades sobre la gratuitad, alcance y condiciones de la donación cuando suelen ser puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica". Doctrina que el cuarto considerando aplica a la escritura pública en la que se formalizó la compraventa declarada simulada, que encubría un contrato de donación, declarado válido y eficaz por la sentencia recurrida, "pero como no consta en aquélla el *animus donandi*, ni la aceptación de la donataria ni aún se hizo en escritura pública, pues la otorgada fue para amparar un contrato que se declaraba nulo, es claro que al no cumplirse las formalidades legales, tal declaración infringe los artículos 629, 630 y 633 del Código civil, lo que obliga a estimar el motivo que se examina y a casar la sentencia recurrida ...".

El pleito que dio lugar a la Sentencia 1 de diciembre de 1964, fue iniciado por el donante que pidió la nulidad por simulación de un contrato de compraventa contenido en escritura pública, o subsidiariamente la revocación de la donación onerosa que disimulaba dicha escritura por incumplir el contrato las condiciones que le fueron impuestas. Opuso el demandado la validez de la compraventa o alternativamente la validez de la donación y la no procedencia de la revocación. La sentencia recurrida, favorable a la petición alternativa del supuesto donatario, fue casada por el Tribunal Supremo en sentencia, de la que fue ponente el Magistrado, Tomás Ogayar. Este, después de considerar en los términos que hemos visto tan repetidos el razonamiento de la "doctrina rigurosa", para que pueda admitirse el negocio disimulado, de la que dice, "siempre ha sido exigida por la Jurisprudencia contenida en las Sentencias que se citan en la de 10 octubre 1961", y el argumento del carácter formal de la donación, que no se rige por la regla general del artículo 1.278 Código civil, sino que "tiene sus normas propias contenidas en el artículo 633", concluyó que "la sentencia impugnada declara que la escritura de compraventa de autos es simulada y se otorgó para encubrir una donación onerosa válida y lícita, declaración que con arreglo a la doctrina expuesta no puede prosperar, porque en tal escritura no consta el *animus donandi*, ni las cargas impuestas al donatario, ni la aceptación de éste, ni se observó el requisitos de la forma exigida con carácter imprescindible dado que la escritura pública otorgada fue para amparar un contrato que se declara nulo, porque esta inobservancia de los requisitos legales hace que el contrato disimulado no pueda estimarse válido...".

Y la Sentencia 14 mayo 1966, de la que también fue ponente el Magistrado Tomás Ogayar, casó la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, objeto del recurso que interpuso la actora, adoptada y nombrada heredera (74) por la causante, que había declarado simulada la compraventa y válida y eficaz la donación encubierta en la escritura en que aquélla se formalizó. El tercero, cuarto y quinto considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo son casi idénticos a los de la Sentencia 10 octubre 1961 de que antes nos hemos ocupado.

16. El vigor formalista, decididamente agravado por la Sentencia 10 octubre 1961, movió posiblemente a la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, preocupada siempre por la solución justa del caso a contrapesarla e inició una tercera posición que ha negado *a priori* la legitimación procesal activa a los herederos voluntarios de quién hubiera otorgado una compraventa simulada que encubriese una donación disimulada.

Se trata de una postura menos restrictiva de la impugnabilidad que la posición que sólo acepta la posibilidad de pedir la reducción, en cuanto fueran inoficiosas, de las donaciones *inter vivos* disimuladas, libremente consentidas y con causa lícita.

Pero, por otra parte es más restrictiva, pues al negar la legitimación a los herederos voluntarios, resultan inimpugnables por éstos todas las donaciones disimuladas como compraventas aunque éstas hayan sido simuladas en documentos privados y adolezcan de otros defectos.

Inició esta posición la Sentencia 3 abril 1962 (75), de la que fue Ponente el Magistrado Francisco Bonet Ramón. Después de razonar la aplicación del principio de respeto de los actos propios del causante por el heredero voluntario, a diferencia del heredero forzoso, llega, en el séptimo considerando, a la conclusión de "que los

(74) Notemos que en el primer considerando de esta S. de 14 de mayo 1966 se razona: "que en el acto de la vista planteó el Letrado de la parte recurrente la falta de legitimación activa en la recurrente, excepción que solicitó se admitiese de oficio por esta Sala, pero como esta falta de legitimación, en realidad falta de acción por no tener el derecho reclamado, ello constituye no una excepción, sino la cuestión de fondo, lo que impide el que pueda ser apreciada de oficio, máxime cuando lo desestima la sentencia recurrida en pronunciamiento que ha quedado firme y que, por tanto, es invariable, lo que impide apreciar la excepción extemporáneamente planteada". Esto tiene relación, con el criterio jurisprudencial que —como enseñada veremos— había sido sustentado en Ss. 3 abril 1962, 22 abril 1963, 21 marzo 1964, 16 octubre 1965 y volvió a serlo en la S. 30 mayo 1968.

(75) El supuesto de hecho de la S. 3 abril 1962 lo constituyó una compraventa con precio confesado que otorgó una señora a favor de la demandada, a la que los herederos de aquélla demandaron su inexistencia y subsidiariamente su nulidad por vicios incluidos en el art. 1.300 C. c. El Juzgado de Primera Instancia de Castellón rechazó la demanda, apreciando la falta de acción de los demandantes invocada por la demandada, y este fallo fue confirmado por la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Valencia, contra la que se interpuso el recurso que fue rechazado por el Tribunal Supremo.

herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no asistir este derecho a su causante, según resulta del artículo 1.302 del Código civil y por consiguiente, no habérseles podido transmitir *mortis causa*, y en este sentido debe entenderse la Sentencia de esta Sala de 30 de junio de 1944, en que se declara que para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente, con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que es preciso, además, que quien actúa procesalmente con dicha finalidad tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional, esto es, que sea titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza, no siendo parte legítima en los autos el heredero voluntario, por falta de interés jurídico, para accionar sobre simulación de venta de bienes de la exclusiva propiedad de la causante que ésta transmitió por acto real de liberalidad encubierto con causa onerosa de compraventa, pues lo que la Ley tutela no es la mera conveniencia, sino el derecho actual de accionante, que necesita ser defendido frente al acto simulado que lo lesiona, y es manifiesto que en el caso no hay posibilidad de lesión de ningún derecho del actor, porque no teniendo aquélla herederos forzosos ni ninguna otra restricción en la facultad dispositiva, pudo transmitir libremente la propiedad de sus bienes por acto oneroso o lucrativo, *inter vivos* o *mortis causa*, y la posición jurídica de su hermano, como heredero voluntario, no le atribuye otro derecho que el comprendido en el marco de su institución, que le impone acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo la causante, siquiera fuera por acto de liberalidad disfrazado con causa onerosa en las escrituras de compraventa y en su propio testamento".

Esta doctrina fue aplicada por la Sentencia 22 abril 1963, en un supuesto de simulación de compraventas de inmuebles y valores en sendos documentos privados, que encubrían una donación universal (76). El cuarto considerando, que es el fundamental de esta Sentencia, trata de soslayar el problema que planteaba la posición jurisprudencial acerca de la aplicación del artículo 633 a las donaciones disimuladas, razonando que:

"...no hallándonos ante un caso de simulación absoluta, sino a lo sumo relativa, es doctrina de esta Sala a través de distintas resoluciones, concretamente resumidas en la Sentencia de 3 de abril.

(76) La actora, como heredera universal instituida por la causante, impugnó en el pleito, que concluyó la S. 22 abril 1963, las ventas simuladas otorgadas por ésta a la demandada, sobrina suya, en documentos privados que encubrían una donación universal. El Juez de Primera Instancia de Torrelavega dictó sentencia estimando en lo esencial la demanda, declarando la nulidad de la donación universal de bienes inmuebles con apariencia de compraventa. Pero la Audiencia Territorial de Burgos la revocó y estimó la excepción de falta de legitimación activa de la actora opuesta por los demandados.

de 1962, que los herederos voluntarios, supuesto que concurre en la recurrente, no vienen legitimados para la impugnación de contratos celebrados por el causante en los supuestos de simulación relativa, por no asistirles más derechos que los que correspondieran a aquél, como sucesores de su personalidad en el aspecto patrimonial, con lo que quedan rechazados los motivos tercero, cuarto, quinto y séptimo del recurso formulados por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo fondo late la tesis opuesta a la admisión de la excepción de falta de legitimación activa acogida por la Sentencia recurrida, apoyándola en una supuesta inexistencia de contrato, y si bien a través del motivo sexto, formulado por el mismo cauce legal, se trata de acusar la inaplicación de los párrafos primero y segundo del artículo 633 del Código civil, según se desprende del desarrollo del motivo, que exigen para la validez de las donaciones de inmuebles que consten, tanto ésta como la aceptación, en escritura pública, parte para sostener el motivo del supuesto de que el Juez de Primera Instancia en su fallo, califica de donación la transmisión de inmuebles llevada a cabo en el documento de 7 de enero de 1959, con apariencia de compraventa, pero como tal declaración fue dejada sin efecto, a consecuencia de la revocación total del referido fallo por el Tribunal de Segunda Instancia y en éste, ni a través de ninguno de los fundamentos en que se apoya, se hace alusión a la posible simulación: de la compraventa reflejada en aquél documento, es una cuestión de hecho que al no ser recogida por la Sentencia recurrida, no puede ser objeto de estudio o resolución en el presente, al menos bajo el cauce procesal que se plantea".

También la aplicó, en un supuesto de venta simulada por el causante en documento privado de todas las fincas a un sobrino, que fue demandado por los otros sobrinos como herederos abintestados de aquél, la Sentencia 21 marzo 1964 (77) que confirmó el criterio de estimar la falta de legitimación activa de los herederos voluntarios "como lo son los sobrinos de un causante fallecido abintestato", para impugnar "los negocios jurídicos contractuales concluidos por éste con otro heredero de la misma clase, pues que sólo ostentan en la herencia simples esperanzas", y, "por eso, ese Tribunal tiene declarado que la posición jurídica del heredero voluntario le impone el acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo el causante siquiera fuera por acto de liberalidad y disfrazada con

(77) La excepción de falta de legitimación activa de los demandantes fue rechazada por el juzgado de Primera Instancia de Villacarriedo, que declaró el documento privado ineficaz por totalmente nulo, por simulación absoluta de la transmisión. Fallo revocado por la Audiencia Territorial de Burgos que estimó la excepción interpuesta. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación, invocando interpretación errónea de los arts. 659 y 661 y violación de los arts. 633 y 1.276 C. c., que fue rechazado por el Tribunal Supremo en la expresada S. 21 marzo 1964.

causa onerosa en el documento de compraventa (Sentencias de 30 de junio de 1944 y 3 de abril de 1962)".

La Sentencia de 16 octubre 1965 (78), aunque en un supuesto en que se discutía si se ocultaba una donación remuneratoria (79), parece seguir el mismo criterio, en el tercer apartado de su segundo considerando, al razonar "que, en último término, aun dando por sentado, a efectos polémicos, que la escritura litigiosa encubriera una donación remuneratoria desimulada, no se llegaría a conclusión distinta de la acabada de exponer, porque no siendo el parentesco de los demandantes con el vendedor de los comprendidos en el artículo 807, y estando la obligación discutida morfológicamente representada con arreglo a lo dispuesto en el 633, ni esta escritura pugna con precepto legal de ninguna clase ni sirve de soporte para la obtención de una nulidad amparable en el artículo 4.^º del Código civil, según se desprende del 1.276 (Sentencias de 21 mayo de 1944 y 22 de marzo de 1961)...". Subrayemos la apreciación de que la obligación discutida se hallaba "*morfólogicamente representada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 633*", que parece pugnar con el criterio de las Sentencias 10 octubre 1961 y 1 diciembre 1964, de una parte, y el de las Sentencias 22 abril 1963 y 21 marzo 1964, de otra, en cuanto éstas no exigen el requisito de haberse otorgado en escritura pública la compraventa simulada para negar la legitimación a los herederos voluntarios, para impugnar la donación disimulada, y en cuanto aquéllas reclaman que el *animus donandi* se refleje, precisamente, en la escritura pública para dar cumplimiento a los requisitos formales del artículo 633.

Y la Sentencia 30 mayo 1968, de la que Ponente fue el Magistrado Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, casó la Sentencia de instancia (80), "considerando que, realmente, tratándose de un negocio jurídico que sólo adolece de simulación relativa, pues como

(78) Comentamos brevemente la S. 16 noviembre 1965, en *R. C. D. I.*, XLII, 1967, p. 180.

(79) Los hechos de que partió la S. 16 octubre 1965 fueron los siguientes: Los herederos voluntarios del causante demandaron la nulidad de una venta efectuada en escritura pública por éste, por entenderla simulada, como estimó el juez de Primera Instancia de Cambados, en sentencia que fue revocada por la Audiencia Territorial de La Coruña, que estimó en parte la demanda inicial declarando real y válida la venta, aunque *pretio viliore facta*.

(80) El supuesto de hecho de la S. 30 mayo 1968 lo constituyó la demanda de una hermana del causante, fallecido sin descendencia bajo testamento en el cual había instituido a su esposa con prohibición de disponer y ordenando que a la muerte de ésta pasara a la demandante, o en su defecto a los hijos de ésta, la posesión donde vivía el testador y un prado, que dos años antes de morir simularon vender en documento privado, él y su esposa, a una ahijada de pila de ambos, menor de edad, a quien representaron sus padres. El Juez de primera instancia de Cangas de Onís desestimó la demanda por falta de acción en la demandante, sentencia que fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, que estimó con la demanda simulada y, por tanto, ineficaz el contrato de compraventa, declarando que a la muerte de la viuda pasara la posesión plena de las fincas vendidas a la actora, o, en su defecto, a sus hijos.

la misma Sentencia reconoce, encubre un acto de liberalidad, es evidente que para impugnarla no tiene legitimación quien no ostenta el carácter de heredero forzoso, como reiteradamente ha declarado esta Sala: como la demandante no era legitimaria de ninguno de los que aparecen como enajenantes, carece de acción para impugnar aquel acto". Pero, además, después de haber dado por cierta "simulación relativa del contrato litigioso, que encubre una donación, siquiera ésta no reúna los requisitos formales que para su eficacia exige el artículo 633 del Código civil" (81), estimó que, aun cuando la venta se simuló en documento privado, "no cabe duda que el contrato impugnado, aunque sea simulado como compraventa, contiene un negocio subyacente de liberalidad, que es el que quisieron encubrir los intervenientes —siquiera no lo supieran adornar con los requisitos de forma precisos para su eficacia traslativa de la propiedad— y por tanto, que no se está ante una simulación absoluta, sino más bien ante una simulación relativa, por lo cual, la Sentencia, al calificarla de aquel modo, comete la infracción legal que el primer (sic) motivo denuncia" (82).

17. Notemos que, realmente, las Sentencias que acabamos de referir tienen cierto precedente en la Sentencia 30 junio 1944 (83),

(81) Así lo dice el tercer considerando de la S. 30 mayo 1968 que subraya además que la sentencia recurrida aceptó los fundamentos de hecho 2.^º, 3.^º, 4.^º y 6.^º de la del juzgado, por ella revocada, que "conducen a la tesis de la simulación relativa", que dicho considerando expresa así: "a) el precio vil de la compra muy inferior al verdadero; b) ser técnico en compraventas, el propio vendedor; c) no encontrarse éste en situación de agobio económico; d) existir dudas en cuanto a la entrega del precio que no ingresó en la cuenta bancaria de los vendedores; e) continuar el vendedor en la posesión de lo vendido hasta que murió, y después su viuda; f) no disponer la vendedora del dinero para pagar dicho precio; g) el parentesco espiritual con ella de los vendedores de quienes era ahijada de pila, y h) ser *vox populi* en la localidad, que no existió tal venta, sino una manda, de todas cuyas circunstancias la sentencia impugnada termina por afirmar que se obtiene la convicción que la real intención de las partes no fue la de comprar y vender, sino que bajo la apariencia de una supuesta compraventa, lo que se pretendió llevar a cabo fue una donación".

(82) El quinto considerando de la S. 30 mayo 1968 recoge el motivo segundo del recurso que denuncia interpretación errónea de la doctrina legal establecida por las Ss. 10 y 30 junio 1944, 3 abril 1962, 22 abril 1963 y 21 marzo 1964, "según las cuales el heredero voluntario y con mayor razón el legatario, no está legitimado para impugnar los actos de su causante, salvo por simulación absoluta", por lo cual "la sentencia de instancia, en tesis de los recurrentes, comete dicha infracción, porque si el contrato cuestionado no adolece de simulación absoluta, sino que, como ella reconoce encubre otro, viene a dar a aquella doctrina un alcance o extensión que no resulta de los términos de aquellas sentencias, al conceder al heredero voluntario, y más aún al legatario, acción para impugnar el contrato encubierto, y máxime si se tiene en cuenta la cláusula quinta de la compraventa simulada, ya que el causante prohibió a sus familiares impugnar dicho contrato, bajo pena de excluirlos de la herencia, con lo cual exteriorizó su manifestación de voluntad, que, aunque carezca de virtualidad para revocar el testamento, expresó claramente la de renunciar a las acciones impugnatorias del contrato, renuncia que es vinculante para quienes traigan causa del contratante".

(83) Cfr. *supra* nota 46.

en cuanto ésta consideró que “para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que es preciso, además, que quien actúa procesalmente con dicha finalidad tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional, esto es, que sea titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza”, y que el demandante de autos “no es parte legítima, por falta de interés jurídico para accionar sobre simulación de ventas de bienes de la exclusiva propiedad de su hermana doña... que ésta haya transmitido a los demandados por acto real de liberalidad encubierto por causa onerosa de compraventa, pues si bien es cierto que el demandante como heredero voluntario de su citada hermana, le convendría y le sería de utilidad que se acrecentase el haber hereditario trayendo a la masa repartible los bienes que la causante enajenó, no lo es menos que lo que la Ley tutela no es la mera conveniencia, sino el derecho actual del accionante que necesita ser defendido frente al acto simulado que lo lesiona, y es manifiesto que en el caso de autos no hay posibilidad de lesión de ningún derecho del actor...”.

Pero es de subrayar que esta Sentencia de 30 junio 1944 parte de que el actor no es titular “de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza”; de que las ventas simuladas verificadas en escrituras públicas ocultan “*un acto real de liberalidad*”, de que la causante, no teniendo herederos forzosos, ni “ninguna otra restricción en la facultad dispositiva, *puede transmitir libremente la propiedad de sus bienes por acto oneroso o lucrativo...*”. Es decir, que, a juicio de dicha Sentencia, la falta de acción del actor no sólo se basaba en que era heredero voluntario de la transmitente, sino en la validez de la transmisión (84).

En cambio, en la Sentencias 3 abril 1962, 22 abril 1963, 21 marzo 1964, 16 octubre 1965 y 30 mayo 1968, es contemplada la doctrina que declara la nulidad de la donación disimulada por defecto de forma si no es expresada en escritura pública la causa lucrativa, pero se excluye su aplicación cuando la demande un heredero voluntario; o

(84) Notemos que en un supuesto en que la viuda y heredera testamentaria del causante había demandado la rescisión por *lesión ultradividum* de una compraventa a bajo precio y en el cual la hermana de ésta sostenía que se trataba de una venta simulada que encubría una donación onerosa, invocándose en uno de los motivos del recurso de casación la doctrina de la S. 30 junio 1944, el Tribunal Supremo en S. 19 octubre 1959 rechazó que se hubiera infringido, considerando que “tampoco se ha infringido la doctrina de las sentencias de este Tribunal que cita [la recurrente], pues se refiere al caso de que el actor impugne el contrato por simulación, que exige para actuar procesalmente que tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional, esto es, que sea titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza, y en el supuesto actual es la demandada recurrente la que opone la simulación, pero no excepción alguna que:

sea, parten de que la donación no es válida y, sin embargo, no le permiten impugnarla.

Cabe observar además, que así planteada la cuestión y, aún cuando esos razonamientos, dirigidos a sostener la existencia de simulación relativa, tengan sólo por fin, justificar la falta de legitimación activa del heredero voluntario para impugnarla, resulta muy difícil sostener que no se hallan en contradicción con los argumentos repetidamente empleados, aduciendo la "doctrina rigurosa" acerca de la simulación relativa, para rechazar todo valor a la donación disimulada en una compraventa que, aun otorgada en escritura pública, no manifiesta el *animus donandi* del transmitente. Si la doctrina de los *actos propios* del causante debe afectar a los herederos voluntarios tanto como afectó a aquél, parece difícil negarles una legitimación activa que se hubiese admitido al propio causante, y, en caso de simulación relativa, si conforme al artículo 1.276 Código civil, la expresión de la causa falsa "dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita", y si, de acuerdo con la doctrina que desde la Sentencia 3 marzo 1932 viene repitiéndose, también es necesario que se justifique "*el cumplimiento de las formalidades que la Ley exigiría a quienes actuaran paladinamente*" aparte de "*la concurrencia de los indispensables elementos personales de capacidad y consentimiento*", resulta muy difícil negar la legitimación al heredero voluntario para discutir estos extremos cuando el causante hubiese estado perfectamente legitimado para impugnar, por esas razones, la donación disimulada.

Así, la contradicción entre las Sentencias de 10 octubre 1961, 1 diciembre 1964 y 14 mayo 1966 (85) con las de 22 abril 1963, 21 marzo 1964 y 30 mayo 1968 nos resulta plena y absoluta. Por lo cual, parece que ninguna de las dos posiciones puede correctamente ser invocada como doctrina legal, a no ser que una y otra fueran concertadas por la vía de entender convalidados *mortis causa* los defectos formales que, en caso de simulación relativa, el causante pudo haber argüido contra el negocio disimulado; pero esto pugnaría con la doctrina que, respecto de la forma de las donaciones *mortis causa*, hemos visto reiterada por la Sentencia 29 octubre 1956.

En cambio, es posible armonizar la contradicción que a primera vista aparece entre la Sentencia 22 abril 1963 y la Sentencia 3 mar-

concretamente se refiera a esta falta de derecho subjetivo en la actora que la autorice a ejercitarse la acción, a que se refiere indirectamente y a fines distintos de formular ninguna excepción que procesalmente pudiera acogerse".

(85) Esta S. 1 mayo 1966, en su primer considerando (cfr. *supra* nota 74), se cubre con una razón puramente técnica ante la alegación, efectuada en la vista, de falta de acción de los demandados; pero todos sus razonamientos no podrían servir para apoyar derecho alguno de unos herederos voluntarios frente a una donación disimulada que, como decimos en el texto, no puede ser mantenida apoyándose en una falta de acción cuando la habría tenido el causante, a no ser que exista una razón sustantiva que convalidare *mortis causa* el acto que este último podría haber impugnado en vida.

zo 1932. Tanto en una como en otra, la simulación relativa tuvo lugar en escritura pública, y en la de 1932 se añade que "no se cierra el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa", sino que admite que pueda dársele paso si "son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica" en el pleito —cosa que no sucedió en el contemplado en ella por las razones que explica— "los elementos jurídicos que integran el negocio jurídico disimulado y, en especial, el acuerdo de voluntades sobre la gratuitad, alcance y condiciones de la transferencia".

Es decir, que eliminada como doctrina jurisprudencial la que es contradictoria en las seis sentencias que hemos contrapuesto, resulta posible armonizar, en la forma dicha, las Sentencias de 3 marzo 1932 y 22 abril 1963, de modo tal, que la doctrina de aquélla quede también reconducida a la expuesta en la Sentencia 29 enero 1945 y a la explicación que de élla da ésta.

En los demás fallos no hay contradicción alguna, vista su respectiva *ratio decidendi* y haciendo abstracción de los considerandos no totalmente decisivos. El problema del Tribunal Supremo al pretender hacer justicia en cada caso y acomodarse al sistema de casación por infracción de doctrina legal, está en tratar de administrar a la vez aquélla, que es eminentemente casuística, y esta última, que trata de ir construyendo, pero que no puede nunca ser plena y definitiva si se construye enfocando casos particulares y variables, para obtener la solución de cada caso, ya que lo considerado para uno con más generalidad de lo necesario resulta inadecuado para obtener una solución justa en otro. Es de subrayar, en especial, lo peligroso que es repetir mecánicamente considerandos que llegan a estimarse absolutos, siendo así que fueron sentados con una finalidad mucho más concreta, como se hizo en la Sentencia 3 marzo 1932, refiriéndolos a su caso específico y admitiendo otras posibilidades de justificación indiscutible y auténtica.

18. Realizado este análisis de la Jurisprudencia podemos regresar al problema doctrinal e interpretativo del artículo 633 que habíamos dejado pendiente.

La tesis que exige para las donaciones disimuladas los requisitos formales del artículo 633 Código civil, requiriendo que en la misma escritura pública se exprese el *animus donandi*, o sea, la causa liberal del negocio, creemos que parte de criterio de que la donación, en nuestro Código civil, es un contrato y de que la forma exigida en el artículo 633 se refiere al contrato de donación.

Ambas premisas nos parecen inexactas.

Recordenmos que, como destacó Arangio Ruiz (86), "donación no era entre los romanos el nombre de un negocio jurídico que tenía

(86) VICENZO ARANGIO RUIZ, *Instituzioni di Diritto Romano*, Nápoles, 1943, p. 578.

propia forma y propios efectos; más bien era la indicación de un fin práctico, al cual podría servir variados negocios".

Nosotros, hace años (87), indicamos que el concepto de donación ha oscilado a través de la historia, mostrándose bien sea como *causa* —significando en este caso causa el "animus" justificante o *fin inmediato*, perseguido con el negocio de que se tratase—, como *modo* y como *título*. Centrado el concepto de la donación como *modo*, aparece la *donación traditoria*; centrado como *título*, resulta la *donación promisoria*. La primera se da "quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri, causa donationis: quia tunc statim valet, et perficitur donatio et transit dominium *et plenum ius rei in accipientem ex illo titulo et causa donationis*" (88). Esta fue considerada como donación en sentido estricto (89).

El Código civil español no sitúa la donación entre los contratos, sino entre los *modos de adquirir la propiedad*, en el Título II del Libro III, y la define en el artículo 618 diciendo que "es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta". centrándolo en la palabra "dispone", esto es como *acto traslativo de una cosa o derecho* (90). Los artículos 632 y 633 elevan a forma de las donaciones lo que para la compraventa significa el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida, conforme a los artículos 1.462 a 1.464, es decir, el *modo con valor traditorio* (91).

La forma de la donación no es, pues, la forma de un contrato típico, sino la forma traditoria que en ella es necesaria formalmente para consumar el acto de liberalidad, y sin la cual no pasa de ser un simple proyecto. El requisito formal no se refiere al *animus donandi* y al *accipendi* ni a la causa liberal, sino a la *realidad de la transmisión*. Trata de discernir el tránsito entre el intrascendente "te daré" y el trascendente "te doy", y da fijeza a este año asegurando su seriedad. La Sentencia 3 marzo 1932 señala que los requisitos formales o solemnidades de la donación de inmuebles son re-

(87) *Donación, condición y conversión jurídica material*, I, 2, 3 y 4 en A. D. C., V-IV, octubre-diciembre 1952, pp. 1210 y ss.

(88) ANTONIO GÓMEZ, *Variae...*, lib. II, cap. IV, n. 1, p. 243.

(89) LUIS DE MOLINA, *De Iustitiae et Iure*, disp. CCLIX, n. 14 y disposición CCLXXIII, nn. 2 y 3, cfr. ed. Collomce Allabrogum, 1733, vol. II, pp. 9 y 52, y vers. en castellano de FRAGA IRIBARNE, Madrid, 1943, t. II, vol. I, p. 221 y pp. 393 y ss.

(90) El carácter traditorio de la donación en el Código civil es expresado en la S. 6 junio 1908, al señalar, en su primer considerando "que del concepto de la donación, según lo establecen los artículos 618 y 619 del Código civil, se desprende que constituyendo un acto de liberalidad no basta la simple promesa de disponer de una cosa en favor de otra persona, aunque fuese aquella aceptada, porque siendo la mera voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos, es indispensable para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada de parte del donatario en la forma y términos que establece el artículo 632 del mencionado Código" (para la donación de bienes muebles).

(91) Cfr. nuestro últ. cit. trabajo, *Donación...*, I, 4, pp. 1224 y ss.

queridos para "que protejan al tranferente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la Ley sucesoria o el principio patrimonial le confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria, o por los menos, desprovista de las defensas que las obligaciones reciprocas y los actos formales ponen en juego". Es decir, es preciso que quede clara la transmisión y su contenido, su objeto, con individualizada determinación de los bienes, condiciones y cargas, para que no haya dudas acerca de todo ello, ni de la fecha que puede ser trascendental para los acreedores.

Federico de Castro (92) objeta a que la forma de la compra-venta simulada otorgada en escritura pública pueda cubrir la donación disimulada, que hasta la protección del mismo donante "queda disminuida, al no consultar abiertamente con el Notario y al no resultar debidamente la facultad de revocación (no se harán las advertencias legales, art. 194 R. N.)".

Creemos sobrevalorados estos dos datos en la objeción de nuestro querido maestro, puesto que la omisión de las advertencias legales no es sino una mera falta reglamentaria, que no puede invalidar el acto, y porque si la forma solemne se refiere al modo de la transmisión y no al título de ésta, y tiene por fin precisar su realización, lo esencial es su autenticidad mientras que el asesoramiento no pasa de ser una ayuda preciosa, pero no sustancial para quien no la deseé. Esto resulta más patente trazando el paralelo entre los artículos 632 y 633 Código civil, puesto que en aquél queda claro que las formas requeridas no implican asesoramiento alguno y sí tan sólo la exacta precisión de que la cosa es transmitida del donante al donatario.

La no constancia de la revocabilidad de la donación encubierta por las causas legalmente determinadas, tampoco nos parece que pueda ser determinante de la invalidez de la donación disimulada, pues si ésta se descubre son puestas de manifiesto con ella todas las consecuencias legales que de su verdadera naturaleza resultan —incluidas las referentes al régimen matrimonial y al sucesorio— y, si no es descubierta de nada servirá la pretendida invalidez de las donaciones disimuladas. En cambio, si se trata de causas de revocación convenidas, es evidente, que su no constancia en forma auténtica podría dar lugar a la invalidez de la donación disimulada, como subrayó la Sentencia 3 marzo 1932, a criterio de la cual parece que habría bastado su reconocimiento por donante y donatario en el pleito; tal como fue decisivo en la Sentencia 31 enero 1955, para declarar la invalidez, el hecho de constar el reconocimiento de deuda que encubría la revocabilidad de la do-

(92) FEDERICO DE CASTRO, *La simulación y el requisito de la donación de..., loc. cit., pp. 1007 y s.*

nación en un documento privado, aunque la compraventa que oculataba la donación se había otorgado en escritura pública.

Si el significado de los requisitos formales de carácter sustancial, exigidos en los artículos 632 y 633 Código civil, es el que nosotros hemos explicado, es decir, se halla referido al modo transmisor, bastará la entrega simultánea de la cosa donada o que la transmisión y su aceptación consten por escrito si el objeto es mueble, o que sea otorgada en una o varias escrituras públicas la transmisión de la cosa inmueble con sus condiciones y su aceptación, con expresión individual de los bienes transmitidos y del valor de las cargas a satisfacer por el adquirente, para que la donación lícita y realmente querida, disimulada en un contrato simulado, sea válida. Por faltar la determinación de los bienes, fue invalidada una donación disimulada de inmuebles, por la Sentencia 23 octubre 1929; y porque convenida la revocabilidad no figuró en escritura pública, lo fue la controvertida en Sentencia 31 enero 1955.

19. Para la validez de la donación disimulada, no sólo es preciso que sea probada la real existencia de ésta, cubierta por la forma exigida en los artículos 632 y 633, según su objeto sea un bien mueble o inmueble, sino que, además, es necesario que esa donación no esté viciada de defectos en la facultad dispositiva del donante, ni tenida por alguna prohibición legal de disponer a título gratuito en favor del donatario, ni por ilicitud o inmoralidad del motivo determinante, elevado a causa por esa razón, ni por el carácter fraudulento de la operación en su conjunto, que la vicie totalmente por implicar intención de burlar alguna norma de Derecho.

Notemos que, en cualquiera de estos supuestos, la intención perseguida por la simulación relativa puede perseguir una finalidad de defraudar a alguien, sea a los protegidos por una limitación de la facultad dispositiva impuesta en una institución de residuo o semejante, sea a los legitimarios; o bien de burlar (*fraus legis*) una norma prohibitiva de donar a determinadas personas o prohibitiva de sobrepasar estos límites dispositivos; o, en fin, de enmascarar la causa inmoral o ilícita de una disposición. Así estos supuestos pueden enlazarse entre sí, implicándose en uno sólo, el fraude de ley, la intención de defraudar a alguna persona y la finalidad inmoral.

Sin embargo, conviene que tratemos de diseccionar algunos supuestos típicos de simulación relativa que encubran donaciones, y que impliquen sólo alguna de las vulneraciones que hemos apuntado.

a) *Falta de facultad dispositiva a título gratuito del simulado vendedor o permutante*, como ocurrió en los supuestos contemplados en las recientes Sentencias de 19 diciembre 1960, 23 noviembre 1971, 11 febrero 1972, en los cuales simuló la venta un heredero gravado con fideicomiso de residuo que podía disponer a título oneroso pero no gratuitamente.

b) *Efectuarse la donación disimulada a favor de persona inhábil para recibir donaciones del simulado vendedor*, como es el caso del cónyuge respecto de su consorte (93) (art. 1.334 C. c.) (94), y de los hijos que éste tenga de otro matrimonio o de las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación (art. 1.335 Código civil), incluso en el caso de que se hagan a la persona inhábil “*simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta*” (art. 628 C. c.), o, en Cataluña, si con ella se trata de burlar las incapacidades sucesorias de los números 2.^º y 3.^º del artículo 252 de la Compilación catalana, respecto de la persona culpable de trato sacrílego, adulterino o incestuoso con el causante, extendida a todos los grados de la línea recta de consanguineidad o afinidad, o hasta el segundo grado civil de la colateral por consanguineidad o de los hijos nacidos de las indicadas uniones y los padres en la sucesión de estos hijos, con las atenuaciones que el mismo apartado expresa.

c) *Ser inmoral, o torpe el motivo determinante así causalizado, de la donación disimulada*, como en el supuesto de las Sentencias de 22 febrero 1940 y 5 octubre 1957 (95).

d) *Tener la finalidad de burlar la legítima de todos o alguno de quienes tengan derecho a ella.*

20. Este último supuesto es de mucho interés práctico. El tema se sitúa en el umbral de la vieja distinción, no recogida en el Código civil, pero que hemos visto sostenida por numerosos autores de Derecho común, entre las donaciones inoficiosas *re tantum*, solamente reducibles en cuanto lo debieran ser, y las inoficiosas *re et consilium*, a las que se aplicaba igual doctrina si el donatario era un descendiente del donante, pero que se invalidaban totalmente si hubieran sido otorgadas a favor de un extraño, presumiéndose la inoficiosidad *re et consilio* en las donaciones universales (96).

Pese a la actual inaplicación, en nuestro Ordenamiento, de esta

(93) Notemos que la prohibición de donar del art. 1.334 puede ir desconnectada de la de vender del art. 1.448, puesto que ésta no rige si entre los cónyuges se hubiera pactado la separación de bienes.

(94) Respecto del sentido limitado que atribuimos a la prohibición de las donaciones entre cónyuges del art. 1.334, circunscribiendo la nulidad “durante la matrimonio”, por lo cual quedarían convalidadas *mortis causa* de haber sido mantenidas por el donante hasta su muerte sin revocarlas, conforme la doctrina romana, cfr. nuestros estudios: *La donación “mortis causa” en el Código civil español*, XIV, en *Anales. Ac. Matr. del Not. V*, pp. 794 y ss.; *Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada con metálico que confiesa ser paraferná*, E., en *A. D. C. II-II*, abril-junio 1944, pp. 660 y ss.; *Donación, condición y conversión jurídica material*, IV, en *A. D. C. V-IV*, pp. 1286 y ss., y, en brevísima síntesis, en *Panorama del Derecho Civil*, Barcelona, 1963, tema X, II, 1.^a, a, pp. 249 y ss., donde citamos un *obiter dictum* de la S. 7 junio, 1960 que parece presuponer la misma interpretación del art. 1.334 C. c.

(95) Cfr. *supra*, notas 70 y 61, con los textos respectivos.

(96) Cfr. *supra*, I, 1.

doctrina a las donaciones descubiertas, la podemos ver aplicada en diversa Sentencias a las donaciones disimuladas en compraventas o permutas simuladas.

Así, el Tribunal Supremo en Sentencia 12 noviembre 1920, declaró la nulidad total de una permute simulada, efectuada en escritura pública, a favor de un sobrino "con el propósito de privar a su hija única y heredera abintestato doña..., de los derechos legitimarios que la correspondían en su herencia", calificando el medio empleado de "ilícito". Pero es de notar que, en su cuarto considerando, el Tribunal Supremo declaró "que no es posible estimar el cuarto motivo del recurso, en el que se cita como infringido el artículo 808 del Código, en cuanto concede al testador la facultad de disponer libremente del tercio de sus bienes, porque este pleito versa sola y exclusivamente sobre la validez o nulidad del contrato de permute y no sobre nulidad o validez de ninguna donación o legado que hubiera hecho el don... del tercio de sus bienes....".

En Sentencia 12 julio 1941, como vimos antes (97), declaró ilícita la causa de donación de todos los bienes encubierta en una venta simulada efectuada a un sobrino, tres días antes de morir, por mil pesetas de precio que ni siquiera aparecieron después de su fallecimiento.

En Sentencia 12 abril 1944, en un supuesto de venta simulada a una hija, habiendo confesado su madre dicha simulación en su testamento en que instituyó herederos a todos sus hijos por partes iguales, y que la Audiencia declaró inexistente y apreció que su simulación se concertó exclusivamente con la finalidad de privar a un hijo, hermano de la simulada compradora, de los derechos legitimarios que pudieran corresponderle en la sucesión de la aparente vendedora, lo que el Tribunal Supremo confirmó declarando que en este supuesto ese motivo determinante fue causalizado.

En Sentencia 12 abril 1946 que, en una venta de nudas propiedades con la que, como se dio por hecho probado, los otorgantes se propusieron ocultar una donación encaminada a burlar los derechos sucesorios de mujer e hijos legítimos en los bienes transmitidos, declaró "procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro Ordenamiento jurídico al reputar ineficaz todo contrato que persiga un fin ilícito e inmoral, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr dicha finalidad apreciada en su conjunto...", "doctrina que, en definitiva, proclama el imperio de la teoría subjetiva de la causa individual, impulsiva y determinante", elevando por excepción "el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio", como "en el propósito que presidió la donación de burlar los derechos legitimarios de la mujer e hijos del

(97) Cfr. *supra*, nota 71 y el texto correspondiente.

donante, la causa que domina y la razón de ser del contrato, y ha de ser calificada de ilícita, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.275, en relación con el 636 y con el 806 del Código civil”, con ilicitud que “vicia sustancialmente el negocio y lo vuelve radicalmente nulo”, siendo, pues “radicalmente nulo por carencia de causa el simulado negocio de compraventa y nulo también absolutamente el disimulado de donación por ilicitud de la causa”.

En Sentencia 24 marzo 1950, al considerar que, “si bien es cierto que algunas veces bajo la apariencia de un contrato de compraventa se encubre la realidad de una donación, para la validez de ésta última se precisa demostrar, conforme a los términos del texto legal citado, (art. 1.276 C. c.), que está fundado en una causa verdadera y lícita, pero en el caso presente se declara por la Sentencia recurrida que don..., después de agotar con el legado hecho a su hija..., los tercios de mejora y de libre disposición, otorgó en favor de la misma la escritura de compraventa, cuya validez se impugna, con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, transmitiendo a su dicha hija bienes de los que no podía disponer en el testamento, por afectar a la legítima de aquéllos por lo cual se simuló la compraventa aludida”.

En Sentencia 28 febrero 1953 que, en segunda Sentencia dictada por casación de la recurrida, consideró “el contrato de compraventa como una estratagema usada por el comprador o por ambos contratantes para eludir los derechos legitimarios que pudieran corresponder a la madre de la causante en la finca vendida por lo que tampoco como donación en su caso podría tener eficacia, por fundarse en una causa ilícita conforme al artículo 1.275 del Código civil, por lo cual, tal contrato titulado de compraventa resulta ineficaz para reivindicar el dominio de la finca vendida”.

En Sentencia 23 junio 1953 que, en su quinto considerando, advirtió que “en el tercer motivo del recurso, se invoca la infracción en que dicen los recurrentes incidió la Sentencia recurrida de los artículos 636 y 655 del Código civil, que se refieren a la limitación de las donaciones que no pueden exceder de lo que se pueda dar o recibir por testamento siendo inoficiosa en lo que sobrepase de esta medida y a quien se reconoce capacitado de pedir su reducción, y como ese extremo es ajeno a la acción de nulidad que se ejercita, igualmente ha de ser desestimado, pues en casación no pueden plantearse cuestiones que ni han sido debatidas en el pleito ni resueltas en la sentencia”.

En Sentencia 7 octubre 1958, que consideró ilícito el propósito de despojar a los legitimarios de sus derechos y vincularlos, “totalmente” a la persona favorecida (98).

El criterio contrario de que el legitimario no puede pedir la nulidad de la donación disimulada encubierta en una venta simulada, sino

(98) Cfr. *supra*, nota 73 y el texto correspondiente.

tan sólo su rescisión en cuanto perjudique a sus derechos legitimarios, aparece en otras sentencias. Así tenemos las siguientes:

La Sentencia 6 mayo 1902, aunque no referida sólo a un supuesto de lesión en la legítima del actor en la herencia de la vendedora, pues aquél, que era hijo de ésta, demandó a su tío que aparecía como comprador de la misma, solicitando que se declarase nula por simulación, la compraventa, o subsidiariamente rescindida para que pudiera completar lo que se le debía por completo pago de la legítima paterna y por la cantidad reservable que debía percibir; a lo cual opuso el Tribunal Supremo en el segundo considerando de ésta Sentencia, que a mayor abundamiento “si por consecuencia de la enajenación hubiere quedado doña... (la hija reclamante) defraudada en sus legítimos derechos, la acción procedente no sería la de nulidad por ilicitud de causa, sino la de rescisión de un contrato válido celebrado en perjuicio, acción descisoria...”.

La Sentencia 12 noviembre 1920, como hemos visto, después de confirmar la nulidad e ilicitud de una permuta simulada, dejó a salvo la cuestión de la nulidad o validez, con aplicación del artículo 808 Código civil, de la posible donación en ella disimulada, acerca de la cual explicó que no había versado el pleito.

La Sentencia 19 enero 1950 (99), confirmó la sentencia de instancia que había declarado inexistente la compraventa simulada, y declaró “que el contrato de donación que encubría fue, en cambio, perfectamente válido y eficaz, en tanto no perjudicara los derechos legitimarios de la actora doña..., con reserva a la misma de cuantos pudieran asistirle para interesar la reducción de la donación”.

21. Amadeo de Fuenmayor (100), a la vista de la jurisprudencia anterior a 1948, por él contemplada, llegó a la conclusión de que “la donación disimulada bajo contrato de compraventa y realizada con objeto de burlar los derechos legitimarios de los herederos forzosos del otorgante, rebasando el área de los contratos simulados, penetra en el campo de los negocios ilícitos y con ello adquiere el carácter de absolutamente nula”. Pero circunscribe ese resultado a los supuestos en que la simulación obedeza a esta finalidad, mientras que admite la validez, aunque sujeta en su caso a reducción”, en el caso de celebrarse una donación disimulada sin el propósito de burlar los derechos sucesorios del donante”.

También Javier Cabañas (101), comentó que, según la doctrina sentada por la jurisprudencia en Sentencias 12 abril 1944, 12 abril 1946, 24 marzo 1950 y 28 febrero 1953, “Las donaciones con intención de defraudar las legítimas no se rigen por el artículo 654

(99) Cfr. *supra*, nota 47.

(100) AMADEO DE FUENMAYOR, *Intangibilidad de la legítima*, II, B, c, b, en A. D. C. I-I, pp. 56 y s.

(101) JAVIER CABANAS, *Observaciones a la S. 29 febrero 1953*, en A. D. C. VI-III, julio-septiembre 1953, p. 742.

Código civil que sólo ordena su reducción en la medida que sean inoficiosas, sino por el artículo 1.275, es decir, que por ilicitud de la causa del negocio hay lugar a la anulación total de la liberalidad..." (102).

Distinto punto de vista había mostrado Bonet Ramón (103) al comentar la Sentencia 12 abril 1944: "Los legitimarios, como ha reconocido el Tribunal Supremo en el caso que nos ocupa, son también terceros, porque, si bien son herederos, tienen un derecho intangible a la legítima que les es reconocido por la Ley y que pueden defender contra la malicia del causante". Pero matiza Bonet: "Cuando el legitimario, como tercero, impugna por simulación un acto lesivo de su causante, no puede sacar ventaja de la declaración de simulación del acto, mas que hasta integrar su cuota legitimaria".

Julián Dávila (104), partiendo de que el heredero no está legitimado para pedir la nulidad de la simulación relativa en cuanto esta encubra una donación real y lícita —conforme había declarado la Sentencia 30 junio 1944—, razona que el legitimario, tanto si es heredero voluntario, como si no lo es, carece de acción para pedir la nulidad de tal donación disimulada aunque lesione su legítima, pero que el legitimario como tal no puede ser perjudicado por la simulación relativa conforme declara la Sentencia 12 abril 1944. Pero añade que esta Sentencia fue demasiado lejos, pues lo que compete al legitimario para proteger la legítima, en esos casos, es "pedir la inoficiosidad (rescisión); y esto no puede hacerse *a priori* sino *a posteriori*"; pues, el legitimario, "pagado de su legítima, no puede pedir más, del mismo modo que el acreedor defraudado que cobre, pierde su acción". En conclusión, a su juicio, el legitimario, como tal, "carece de acción de nulidad respecto del contrato simulado", y lo argumenta así:

"El legitimario que se considera perjudicado por un acto del causante puede obtener la *rescisión* del mismo. Pero rescindir es distinto que anular. Con la rescisión se obtiene solamente compensación por el daño económico sufrido (ineficacia suficiente). Con la nulidad se declara la inexistencia del acto (ineficacia absoluta) sin que la causa sea la existencia de un perjuicio. La acción de inoficiosidad es siempre acción resarcitoria (arts. 654, 820 y siguientes del Código civil), y por ello, se reducen sus actos hasta el límite necesario para completar la legítima, y en todo lo demás queda mantenido el acto o contrato. Y es que el acto o contrato que merma o disminuye la legítima no es nulo sino rescindible. De igual forma que el acreedor en la ac-

(102) PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-III, cap. II, 2, C, p. 197, recoge y comparte esta opinión.

(103) FRANCISCO BONET RAMÓN, *Comentario a la S. 12 abril 1944*, en R. D. P. XXVIII, junio 1944, p. 551.

(104) JULIÁN DÁVILA GARCÍA, *Herederos o legitimarios. Actos o contratos simulados*, en R. C. D. I., XXI, febrero 1945, pp. 106 y ss.

ción pauliana y en todos los supuestos de rescisión (Sentencia de 10 de diciembre de 1904)".

Y agota el argumento, aduciendo *ad absurdum*: "Si el legitimario tuviera acciones de nulidad resultarían favorecidos con el éxito de su acción todas las personas que tienen en el caudal hereditario parte alícuota. El heredero voluntario, el legatario de parte alícuota y el mismo legitimario, en cuanto participa en esta forma, sería beneficiado en la parte de libre disposición. Por ese camino, solicitando el legitimario la nulidad, se beneficiaría el heredero voluntario y él mismo y solicitándolo el heredero voluntario se perdería el juicio" [conforme el criterio de la Sentencia 30 junio 1944 que le consideró no legitimado para reclamarlo].

Este criterio fue mantenido también por Virgili Soribes (105): "Supongamos que el testador simuló venta de parte de sus bienes para perjudicar la legítima de su heredero forzoso instituido heredero voluntario. ¿podría impugnar tal acto el heredero voluntario-forzoso? Como heredero voluntario, *no*. Como heredero forzoso, *sí, hasta cubrir su legítima*" (106).

22. La complicación de supuestos y situaciones distintas obliga, para clarificar ideas, a distinguir y diseccionar unas líneas básicas que nos permitan ordenar las ideas y clarificar los conceptos.

Toda simulación relativa supone *prima facies* un negocio con *causa falsa* que, como tal, es anulable solamente durante el plazo de cuatro años, determinados en el artículo 1.301, contados desde la consumación del contrato, conforme precisa el § 4 de dicho artículo. Este plazo y el inicio de su cómputo fueron invocados en el 2.^º motivo del recurso que fue rechazado por la Sentencia 19 enero 1950, considerando que no puede impedirse a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación puedan resultar afectados sus derechos legitimarios... (luego veremos las razones de esto y el porqué de la autonomía de su acción).

Pero no podemos olvidar:

1.^º Que la anulabilidad se refiere al negocio correspondiente a la causa falsa, e implica la eficacia del que corresponde a la causa verdadera que se invoque para mostrar que aquélla es falsa.

2.^º Que la simulación relativa no es patente, puesto que se basa en que detrás del negocio simulado existe otro disimulado u oculto. Por tanto, si no se impugna por falsedad de la causa invo-

(105) FRANCISCO VIRGILI SORIBES, *Heredero forzoso y heredero voluntario: su condición jurídica (El llamado heredero forzoso no es heredero)*, 3, B, en R.C.D.I., XXI, julio-agosto, 1945, p. 491.

(106) Exponen las opiniones de BONET RAMÓN y DÁVILA GARCÍA, sin definir claramente su propio criterio, LUIS GÓMEZ MORÁN, *Tratado Teórico Práctico de Particiones*, Madrid, 1950, cap. III, pp. 331 y s., y FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado...*, V-III, cap. XIV, 5, A, nota 29, p. 397.

cada, que implicaría el reconocimiento de que existe otra verdadera, sino que se ataca mostrando la inexistencia de aquélla, entonces la parte contraria, que sostenga la existencia del negocio disimulado, deberá demostrar la existencia real y la licitud de éste, conforme previene el artículo 1.276 Código civil. Por ello, en ese supuesto la acción del impugnante no es la de anulabilidad por falsedad en la causa, sino la de nulidad absoluta o inexistencia, conforme al artículo 1.261 Código civil, por falta de uno de los requisitos esenciales del contrato, como es la causa, y por tanto con nulidad imprescriptible.

3.^º Que el negocio disimulado puede, a su vez, ser atacado por diversas razones, tales como:

—la falta de capacidad o de legitimación dispositiva del transmisor.

—la ilicitud de su causa, que tratándose de un acto lucrativo, como es la donación, se regirá por el artículo 1.275, según el cual los de esa clase “*no producen efecto alguno*”, y no por los artículos 1.305 y 1.306, pues como han declarado las Sentencias 10 julio 1902 y 16 octubre 1959, la regla 1.^a del artículo 1.306 es aplicable a los contratos con prestaciones recíprocas, pero no a aquellos otros en los cuales sólo consta la entrega de algo por una sola de la partes sin compensación alguna de la otra parte.

—la carencia de la forma sustancial, cuando la requiere el negocio disimulado.

En todos estos casos tampoco nos hallaremos ante supuestos de anulabilidad, sino de nulidad absoluta sin efecto jurídico alguno como tal, según dice la Sentencia 29 octubre 1956 y, consiguientemente, como razonó el quinto considerando de la Sentencia 29 enero 1945, al rechazar el criterio por el cual la sentencia allí recurrida estimó “que la donación carente de requisitos esenciales puede ser purificada si en el tiempo oportuno no se ejercita la acción de anulabilidad”. siendo así que “si fuera cierto, y no lo es, que en la donación contemplada faltase algún requisito esencial”, “sería más consecuente”: “alegar que la prescripción de la acción por el transcurso de cuatro años, no es aplicable a un contrato que carezca de algún requisito sustancial, porque entonces la acción sería imprescriptible”.

Si tanto la simulación del negocio aparente, en tanto no se patentice el encubierto, como la ineficacia por falta de algún elemento esencial de este último, pueden ser invocados por el causante, no parece consecuente negar la legitimación activa a sus herederos para que, en concepto de tales, puedan impugnarla por dichas razones. A no ser que la disposición disimulada, inválida como donación, resulte convalidada *mortis causa*, efecto que, sin duda, se produciría si el mismo causante en su última voluntad le hubiese concedido esa eficacia, ordenando su validez o ratificándola.

4.^º Que la operación, en su conjunto, pueda considerarse hecha en *fraude de ley* y, consiguientemente, en infracción del artículo 4.^º del Código civil. Pero esto no es así sino en la medida en

que el negocio real, pero disimulado, infrinja una norma a la que escaería el negocio simulado, sea una prohibición o limitación de donar ya emane directamente de la Ley, o bien derive de la protección con la que ésta inviste a la voluntad de un disponente anterior que hubiera limitado las facultades dispositivas que el simulante pretende traspasar. Con ello, vemos que el *fraudem legis*, en materia de simulación relativa efectuada para disimular una donación, nada añade a la nulidad absoluta de la donación disimulada dimanante de la falta de aptitud dispositiva del transmitente, o de la infracción por éste de una prohibición de disponer a título gratuito. Y, tratándose de burlar las legítimas, cualquiera que sea la intención del disponente, no hay objetivamente fraude de ley, sino en tanto y en cuanto resulte lesionada alguna legítima, es decir, en cuanto la donación disimulada sea inoficiosa, o sea, reducible por esa razón.

Destruido el artificio simulado y descubierto el negocio disimulado, también queda destruido el fraude, puesto que cara a cara de la Ley queda el negocio disimulado al que directamente puede aplicársele ésta. En él no hay fraude, el fraude se intentó con la simulación que ha sido descubierta y consiguientemente destruida.

Frente a la donación disimulada no parece, pues, que hoy deba ser posible aplicar una nulidad por fraude superior a la que la afectaría de haberse hecho sin disfraz. Si a ésta ya no le son aplicables las normas de la un tiempo discutida inoficiosidad *re et consilio*, no vemos cauce para aplicarlas a las donaciones disimuladas. Cosa distinta sería si la transmisión simulada no tuviera ni siquiera internamente *animus donandi*, sino que únicamente hubiera obedecido a la intención de defraudar alguna legítima, porque entonces no habría donación alguna disimulada y la simulación sería absoluta. Si, además de aquél *animus fraudandi*, hay un *animus donandi*, ambos recaen en la donación, pero aquél queda circunscrito tan sólo a la medida en que ésta sea inoficiosa, puesto que en lo demás, la donación legalmente es posible sin limitación alguna.

23. Por otra parte, conviene que determinemos con la máxima precisión y con el mayor rigor cual es el posible alcance del requisito indicado en la Sentencia 30 junio 1944, aplicado con más o menos acierto en las Sentencias 3 abril 1962, 22 abril 1963, 21 marzo 1964, 16 octubre 1965 y 30 mayo 1968, según el cual “para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente, con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que es preciso, además, que quien actúa procesalmente con dicha finalidad tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional, es decir, que sea titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza”.

Creemos que ello impide desechar, en contra de lo que han hecho algunas Sentencias, la acción del impugnante, pues al rechazarla

se le impediría instar para que se penetrara en el negocio disimulado y no se le permitiría demostrar, y así comprobar, si éste había lesionado algún interés legítimo del propio impugnante que deba ser jurídicamente protegido.

Ello obliga a que analicemos cuando el propio disponente, sus herederos y sus legitimarios reunen este requisito de tener un interés jurídico tutelable para impugnar un negocio simulado.

a) Al propio transmitente, conforme la doctrina expresada en la Sentencia 23 mayo 1956 y recogida en la Sentencia 3 abril 1962, pueden aplicarse las dos siguientes reglas:

Primera: "si el contrato es inexistente no produce efecto alguno y, por tanto, no liga a los contratantes a su cumplimiento".

Segunda: "la nulidad total no se rige por las prescripciones de los artículos 1.300 y siguientes, que se refieren a los contratos anulables".

Consiguentemente, la doctrina de los actos propios no es obstáculo que impida la impugnación de un negocio simulado; ni siquiera de un negocio disimulado que no reúna los requisitos necesarios para su validez y esté viciado de nulidad total (107).

b) A los herederos, testamentarios o abintestato de quien transirió algo en un contrato simulado, debe aplicárseles la misma doctrina que a su causante (108), como continuador que es aquél de la personalidad jurídica de éste. Así, como dice el primer considerando de la Sentencia 3 abril 1962... "en general el heredero puede impugnar el acto de su causante por entender que no nació *quoad jus*, bien por impedirlo una declaración de la Ley, bien por un defecto de sus elementos de fondo, o por una insuficiencia de forma, o que, si nació y adquirió vida en Derecho, después se hizo ineficaz con el ejercicio consiguiente de una acción dirigida a obtener la declaración de que el acto de su causante fue nulo con nulidad absoluta e insubsanable o inexistente o susceptible de anulación por determinado vicio o defecto subsanable, pero no subsanado, o sujeto a una posibilidad de rescisión, en su sentido amplio, comprensivo de los remedios legales reparadores de la lesión, del fraude, de la inoficiosidad y de otros defectos análogos".

Consiguentemente, como señaló Menochio (109), "atqui defunctus et praedecessor si viveret non posset factum proprium impugna-

(107) Cfr. JOSÉ PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951, cap. III, 8, pp. 126 y s., y LUIS DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1961, capítulo IX, pp. 193.

(108) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos.... V-III*, cap. II, 2, II, A, b, pp. 181 y siguiente.

(109) Cfr. la referencia que le hace DÍEZ PICAZO, op. cit., cap. IX-IV, página 233, nota 92.

re illique contravenire, ergo nec potest iste heres"; e, inversamente, cuando no puede invocarse un acto propio del difunto para impedirle la impugnación, tampoco podrá obstaculizarse la impugnación que intente su heredero.

Santamaría Ansa (110), deduce de ello que el heredero: "puede impugnar el acto de su causante por entender que no nació *quod ius*, bien por un defecto de sus elementos de fondo, o por una insuficiencia de forma, bien por impedirlo una declaración de la Ley, o que si nació y adquirió vida en Derecho descaeció después deviniendo ineficaz".

"Ejercitará, consiguientemente una acción tendente a obtener la declaración de que el acto de su causante fue inexistente, o nulo, con nulidad absoluta e insubsanable, o susceptible de anulación por determinado vicio o defecto subsanable pero no subsanado, o sujeto a una posibilidad de rescisión, tomando esta palabra en su sentido más extenso...".

Por otra parte, Díez Picazo (111), ha recordado que la idea de continuidad es una de las claves del Derecho sucesorio, por lo cuál, "al devenir titular de unos derechos, el heredero queda vinculado por el sentido que al ejercicio de estos derechos había atribuido el causante, de tal manera que un acto de ejercicio, contradictorio con este sentido, debe ser tenido como inadmisible". Aquí está, también, el *quid* del problema de la impugnación de un negocio relativamente simulado del causante por sus herederos. Conviene, a este respecto, como entrada en la cuestión, contraponer frente a la posición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha permitido, tanto al causante como también a sus herederos, impugnar, no solamente el negocio jurídico simulado, sino también el disimulado cuando este adolece de nulidad absoluta por ilicitud de la causa o por defecto de forma (respecto de la cual hemos tratado de señalar el justo medio en la, indudablemente contradictoria, jurisprudencia del Tribunal Supremo), de otra parte, la otra jurisprudencia del mismo Tribunal, que ha negado la legitimación al heredero voluntario para impugnar los negocios relativamente simulados por el causante.

24. Verdaderamente clara resulta la posición de la Sentencia 30 junio 1944, que negó legitimación a un heredero voluntario para impugnar una transmisión que, si bien se disfrazó como una compraventa que fue simulada, ocultaba una donación que la propia Sentencia estimó válida, ya que el propio transmitente, por igual causa, también hubiese hallado cerrado el paso para impugnar la transmisión que él había efectuado.

(110) JUAN SANTAMARÍA ANSA, *Legitimación del sucesor hereditario para la impugnación de los actos jurídicos de su causante*, 3, en R.D.P. XLV, abril 1961, p. 275.

(111) Cfr. DÍEZ PICAZO, op. y loc. cit., p. 234.

En este mismo sentido, la Sentencia 3 abril 1962, consideró que: los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no asistir este derecho a su causante...”, y, consiguientemente, no habérseles podido transmitir *mortis causa*; y la de 22 abril 1963 reiteró, puesto que no se hallaba ante un caso de simulación absoluta, “sino a lo sumo relativa, es doctrina de esta Sala a través de distintas resoluciones”: “que los herederos voluntarios, supuesto que concurre en la recurrente, no vienen legitimados para la impugnación de contratos celebrados por el causante en los supuestos de simulación relativa, por no asistirles más derechos que los correspondientes a aquél, como sucesores de su personalidad en el aspecto patrimonial”.

Pero el problema de estas dos últimas Sentencias, y de las que luego han seguido esta misma doctrina, estriba en que, partiendo de estas consideraciones, no pueden soslayar su contradicción con la jurisprudencia que ha declarado nulas las donaciones disimuladas de inmuebles que no reunieran los requisitos de forma exigidos en el artículo 633 Código civil, y, por consiguiente, que habrían sido impugnables, por el propio donante, con el agravante de que la compraventa simulada, que encubrió la donación en el supuesto de la Sentencia 22 abril 1963, había sido otorgada en documento privado. Aquí, en ese último caso, parece evidente que el causante hubiese tenido acción para impugnar la donación disimulada, por lo cual el considerando que hemos transcritto queda completamente en el aire.

Es cierto, que la últimamente citada Sentencia, en el considerando anterior al que contiene el razonamiento que antes hemos transcritto, dice, a su vez, “que la recurrente no se halla asistida de acción para impugnar aquellos contratos, toda vez que la situación de heredera voluntaria no la atribuye otro derecho que el comprendido en el marco de la institución, que le impone acatamiento a la voluntad de su causante, reflejada en aquéllos documentos o contratos objeto de impugnación”.

Significa esto que las donaciones encubiertas, faltas de la forma de escritura pública, que el disimulado donante hubiese podido impugnar, ¿deben, en cambio, ser acatadas por sus herederos voluntarios si aquél murió sin haber iniciado su impugnación? ¿Se produce, pues, una convalidación *mortis causa*, sin necesidad de forma testamentaria ni de las formalidades exigidas para las donaciones?

La también citada Sentencia 3 abril 1962, en la segunda parte de su quinto considerando y en todo el sexto, trata de exponer en la forma más general la doctrina de la Jurisprudencia acerca de la legitimación del heredero voluntario para impugnar los negocios simulados por su causante. Creemos que conviene que releamos como es expuesta en ellos:

“...lo cierto es que en realidad, debido a una excesiva generalización, se ha formado una doctrina legal, aparentemente contradic-

toria, pues en la mayoría de los casos controvertidos en que se negaba la legitimación al heredero voluntario, se trataba de una simulación relativa, aunque este calificativo no se recogiese en el fallo, que en aras del principio de seguridad jurídica conviene precisar para que la jurisprudencia cumpla su función como fuente del derecho".

"...que el heredero voluntario puede impugnar los actos de simulación absoluta, ya que respecto a ellos estaba asistido de la correspondiente acción su causante, al reducirse el negocio afecto a ese vínculo a una mera apariencia, que le priva de todos sus efectos y obstante a la posibilidad de confirmación, pues como proclama la Sentencia de 29 de noviembre de 1958, siguiendo la doctrina de las de 30 de junio de 1931, 19 de mayo de 1932 y 25 de junio de 1946, si es indudable que los herederos voluntarios deben su entrada en la sucesión al expresado llamamiento del causante, cuando sigue la adición hereditaria resulta evidente que pueden ejercitarse las acciones judiciales de demanda de la inexistencia de los actos realizados por aquél, dado que la herencia a ellos transmitida comprende el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones del *de cuius* que no se extinguieren por su muerte, según el artículo 659, y suceden en toda la titularidad, que el óbito no termina, como lo expresa el artículo 661 del propio cuerpo legal, doctrina conforme con la de la Sentencia de 23 de mayo de 1956, en la que se advierte:

"Primero. Que si el contrato es inexistente no produce efecto alguno, y, por tanto, no liga a los contratantes a su cumplimiento.

"Segundo. Que tal nulidad total no se rige por las prescripciones de los artículos 1.300 y siguientes, que se refieren a los contratos anulables.

"Tercero. Que, en consecuencia, no se limita a los contratantes obligados el derecho a la impugnación.

"Cuarto. Que, por el contrario, sin llegar al extremo de ser pública la impugnación, según doctrinalmente pudiera sostenerse, la reiterada doctrina de casación reconoce, puede ejercitárla quien tenga interés en ella.

"Quinto. Que éste es indiscutible en el heredero de la vendedora, privado de la herencia por simulación, interesado en establecer la verdad jurídica para entrar en su disfrute."

25. Pero, pese a esta distinción entre simulación absoluta —en la que se da como indudable que los herederos voluntarios están facultados para impugnarla— y simulación relativa —que al parecer se trata de contraponerla a aquélla a efectos de aplicarle la solución adecuada—, parece que, con ello, no se agota el problema; ya que si el causante pudo impugnar el contrato disimulado por falta de alguno de sus requisitos esenciales, determinantes de su nulidad, no se ve la razón por la cual en ese caso pueda, conforme la doctrina al principio expuesta (112), negarse la legitimación al heredero voluntario.

(112) SANTAMARÍA ANSA, loc. cit., p. 971.

El problema lo ha expuesto con sencillez y claridad Santamaría Ansa (113).

“Ticio dirá: «Acciono como heredero de Cayo y reclamo la declaración de ineficacia de la compraventa porque tengo un interés legítimo en que la finca vendida vuelva a la herencia». Pero Mevio le arguirá: «Si efectivamente accionas como heredero de Cayo, entonces ostentas sus derechos, pero estás también sujeto al cumplimiento de sus obligaciones; debes atenerte a lo que él, libre y eficazmente, contrajo, y en definitiva no puedes atacar la donación que real y efectivamente quiso otorgar y otorgó, aunque encubiertamente bajo la apariencia de la venta, porque tú y él sois como si fuerais una sola y misma persona, y nadie puede ir válidamente contra sus propios actos”.

La respuesta a esta contraposición es bien matizada por el autor (114). Respecto del heredero voluntario, que, “como tal, está obligado a respetar los actos propios del causante, eficaces en Derecho, como lo estaría el mismo causante si viviera, y no puede impugnarlos por la simple circunstancia de que por ellos se haya aminorado el patrimonio de la sucesión y se haya perjudicado su interés en la herencia” (115). “Pero —añade— estará legitimado para impugnarlos cuando lo haga en ejercicio de acciones que hubiese podido articular el propio causante, acciones que como heredero de éste le asisten en virtud de la transmisión sucesorio...”. Así, podrá ejercitar:

— “Las acciones a anulabilidad, por vicio del consentimiento,

(113) SANTAMARÍA ANSA, loc. cit., p. 282.

(114) El mismo SANTAMARÍA ANSA, p. 281, asimila a estos efectos al heredero testamentario y al heredero abintestato, “porque, según la doctrina comúnmente admitida y que estimamos acogida en nuestro derecho al establecer la sucesión intestada como supletoria de la testamentaria, se defiere aquélla por la voluntad presunta del causante, interpretada por la ley, y porque en todo caso no puede merecer el heredero abintestato mejor condición que el voluntario”.

(115) Así, en el último considerando de la misma S. 3 abril 1962, se razona “... que esto sentado resulta inexcusable la previa discriminación de si la acción ejercitada por los herederos voluntarios afecta a una simulación absoluta o relativa, ya que de ello dependerá su legitimación o falta de la misma, y al no haberse realizado por el Tribunal *a quo* en el caso de autos, que la funda en que los herederos voluntarios de uno de los contratantes en negocio tachado de simulado no pueden reputarse terceros, por lo que no están legitimados para el ejercicio de la acción que plantean, solicitando en la demanda se declare la inexistencia del contrato de venta de 12 de enero de 1954 por simulación absoluta, o en su defecto por falsedad de la causa o por dolo grave, no entrando, por consiguiente, a resolver la cuestión de fondo, procede estimar el motivo primero del recurso...”.

Notemos que la solución no sólo dependía de la distinción entre simulación absoluta y simulación relativa, sino también de la validez o nulidad del negocio disimulado.

El Tribunal Supremo, que casó la sentencia recurrida, declaró en segunda sentencia que los actores no se hallaban activamente legitimados para ejercitar la acción declarativa de simulación del contrato de compraventa que otorgó la causante con la demandada.

cuando el causante se hubiese prestado por error, dolo, violencia o intimidación, y no mediare confirmación o sanación, ni tales acciones hubieran prescrito”.

— “... las acciones rescisorias por lesión en los casos en que la ley las tuviera establecidas en favor del causante”.

— “Las acciones de impugnación por simulación que hubieran podido asistir al causante cuando se pretendiera dar al acto simulado una realidad jurídica que efectivamente no tuviera, podrán también ser ejercitadas por los herederos”.

— “Las acciones de nulidad por defecto de forma podrán o no ser articuladas por los herederos, según que la naturaleza del defecto de forma imputado al acto constituyera o no para el causante un motivo de impugnación”.

Subrayemos que, concretamente, en tema de simulación:

a) *Si ésta es absoluta*, con el éxito de la impugnación del acto simulado, éste quedará totalmente cancelado. Así, en el caso de enajenación simulada llevada a cabo por el causante para poner a salvo las fincas enajenadas contra posibles responsabilidades cualquiera que sea la condición del heredero, la acción tenderá a la invalidación total de la enajenación y a la reintegración a la herencia de todas las fincas que fueron objeto de ella”.

b) *Si fue relativa* le asistirán no sólo las acciones que asistirían contra quien pretendiere dar al acto simulado una realidad que efectivamente no tuviera”, sino también las de anulabilidad, nulidad por ilicitud de la causa o defecto de forma y rescisorias por lesión, que el causante hubiera podido actuar.

26. La legitimación del legitimario para impugnar los actos simulados por su *de cuius*, ha sido explicada en los considerandos comprendidos entre el 2.^º y la mitad del 5.^º de la citada Sentencia 3 de abril 1962, que declaran:

“... que, por aplicación del principio de respeto a los actos propios, el heredero no podrá atacar los actos del causante, que por ser jurídicamente eficaces en sí mismos resultarían inatacables para él propio causante, mientras el heredero actúe simplemente en ejercicio de los derechos del causante, y no cuando invoque derechos propios, que, aunque referidos a la herencia, le coloquen frente a ella en la posición de tercero, porque entonces el monomio causante-heredero se desdoblará y surgirá, en discriminación de las respectivas personalidades, el binomio heredero como sucesor del causante, por un lado, y, por otro, el heredero como titular frente al causante de un derecho que le autoriza a desconocer los actos de éste”.

“...que el heredero voluntario está obligado a respetar los actos propios del causante, eficaces en derecho, como estaría el mismo causante si viviera, y no puede impugnarlos por la simple circunstancia de que por ello se haya minorado el patrimonio de la sucesión y se haya perjudicado su interés en la herencia, pero estará

legitimado para impugnarlos cuando ejercite acciones que hubiese podido ejercitar el propio causante, acciones que como heredero de éste le asisten en virtud de la transmisión sucesoria, mientras el heredero forzoso, amparado por el principio de la inviolabilidad de la legítima, tiene acción para impugnar los actos de su causante que se hubiesen realizado en perjuicio de su derecho, no pudiendo oponérsele que como sucesor está obligado a pasar por dichos actos cuando precisamente éstos se simularon en menoscabo de su derecho de sucesión pre establecido en la Ley, y al no tener existencia real no podía prevalecer sobre este derecho".

"...que la jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante, habiendo proclamado la de 19 de enero de 1950, que como resulta de lo declarado en Sentencias de 11 de octubre de 1943 y 12 de abril de 1944, el hecho de la sucesión con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que los otorga sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en este aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al Derecho y a la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión."

"... como reconoce la Sentencia de 11 de marzo de 1960, que, aun cuando se haya puesto en tela de juicio la posibilidad de que un heredero voluntario, en calidad de sucesor del causante, pueda impugnar los actos del *de cuius*, no han dejado de ponerse a salvo para esos efectos impugnatorios los intereses de los herederos legitimarios, y por la misma razón los de los legatarios que tienen la condición de terceros para dichos efectos, ya impugnen los actos del heredero, del que en realidad son acreedores, como los del testador, a quien suceden a título particular (116)."

(116) Ha precisado SANTAMARÍA ANSA, loc. cit., pp. 282 y s., que el legatario es, "por decirlo así, *penitus extraneus* al causante, sin más relación con la herencia que la que otorga su derecho al beneficio de la cosa legada. Por tanto, los actos del testador no podrán afectarle sino en la medida que hubieran podido afectar a los bienes que está llenado a recibir y por consecuencia del derecho que se le transmite sobre estos mismos bienes. Por esto, la transformación esencial o la enajenación de la cosa por el testador produce efecto extintivo del legado con arreglo al artículo 869 del Código"; por eso, para que el legatario pueda impugnar los actos del causante, "siempre será preciso que ostente un derecho tutelable que justifique su interés en la impugnación".

La Sentencia de 19 de enero de 1950, en su 4.^º Considerando, rechazó que pudiera invocarse contra un legitimario el plazo de prescripción señalado en el artículo 1.301 C. c., para la acción de falsedad de la causa, en cuatro años contados desde la consumación del contrato, tratándose de la impugnación de una donación encubierta, razonando que, si bien: "por virtud de los artículos 657 y 661 del Código civil los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y los herederos suceden al difunto por tal hecho solamente en todos los derechos y obligaciones, no puede deducirse de aquí que el tiempo transcurrido desde la consumación del expresado contrato de donación hasta la defunción del contratante y causante de la actora con la inscripción de tal defunción en el Registro civil como expresa la sentencia recurrida, deba de ser tenida en cuenta para la prescripción de la acción ejercitada y perjudique a su heredera, cuya personalidad es distinta de la de su causante y no puede confundirse con ella para este efecto, porque, como resulta de lo declarado por este Tribunal en sus sentencias de 11 de octubre de 1943 y 12 de abril de 1944, el hecho de la sucesión, con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación puedan resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga, sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos, y, en tal supuesto, su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila, en ese aspecto, a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al derecho y la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión...".

27. Es de destacar que las consideraciones expuestas por el Tribunal Supremo, en sus transcritos razonamientos, muestran el distinto fundamento y ámbito que tienen la legitimación del heredero de la del legitimario para impugnar los actos simulados por el causante.

— El heredero voluntario lo está como sucesor de aquél y en la medida en que éste hubiera podido ejercitar las acciones consiguientes; y, como a él le afectará la doctrina de los actos propios del causante.

— El legitimario, en cambio, lo está como interesado, en virtud de un derecho propio derivado de la norma que pre establece los derechos sucesorios que deben corresponderle, es decir, en cuanto dimana del principio de inviolabilidad de su legítima (117). Por ello

(117) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, V-III, cap. II, 2, II, A, a, p. 181.

puede actuar como un tercero respecto del causante (118). Y, por eso, como subraya Díez Picazo (119), este “ataque del legitimario a los actos del causante, no es un auténtico “venire contra factum proprium”, “no ejercita un derecho que el causante le haya transmitido, sino su propio derecho de legítima y las acciones que lo protegen”.

Es decir, como destaca Santamaría Ansa (120), la doctrina jurisprudencial se asienta sobre la distinción entre interés legítimo amparado en un derecho establecido en la ley, que es el que ostenta el heredero forzoso en razón a la legítima, perjudicada por el acto del causante que se pretende impugnar, y el simple interés derivado de la institución a título voluntario, que no está amparada por ningún derecho extraño a la propia institución”. El heredero forzoso, cuando actúa en defensa de su legítima, puede desenvolver a su actuación frente a la voluntad del causante porque esta voluntad debe entenderse ineficaz en Derecho; el heredero voluntario está obligado a las consecuencias de los actos propios de su causante, aunque perjudiquen su interés en la sucesión”.

28. Ahora bien, esta diferente legitimación está determinada por un distinto *interés jurídico*, en uno y otro caso, que si origina una diversidad en los supuestos de posible actuación —dependientes para el heredero voluntario de los del causante, e independientes los del legitimario— también, lógicamente, debe decidir cuál debe ser la amplitud cuantitativa de los efectos de la respectiva acción en caso de que prospere.

El heredero voluntario tendrá la misma acción de nulidad absoluta, anulabilidad, resolución o rescisión que asistía al causante y que, consiguientemente, éste transmitió a sus herederos. Así el interés del heredero es el mismo de aquél a quien ha sucedido.

En cambio, el *interés* que legitima al legitimario, como tal, para la impugnación, es un interés distinto, como hemos visto, al cual su propia *ratio* circunscribe cuantitativamente los límites de su reclamación. Así lo comprende Santamaría Ansa (121): “en el caso de la donación hecha en fraude de la legítima, bajo apariencia de una enajenación con causa simulada, el heredero forzoso que la impugne podrá pretender la invalidación de esta enajenación en cuanto merme su legítima, pero la donación libre y voluntariamente otorgada será eficaz en el resto”.

Con ello, reconoce de hecho la razón de las afirmaciones de Bo-

(118) En este sentido pueden citarse además de la S. 3 de abril 1962 —antes examinada—, las Ss. 12 abril 1916, 11 octubre 1943, 12 abril 1944, 25 junio 1946, 19 enero 1950, 3 diciembre 1953, 11 marzo 1960, ampliamente comentadas por SANTAMARÍA ANSA, loc. cit., pp. 277 y ss.

(119) DÍEZ PICAZO, op. cit., loc. ult. cit., p. 235.

(120) SANTAMARÍA ANSA, loc. cit., p. 281.

(121) SANTAMARÍA, op. cit., p. 282.

net Ramón (122) de que el legitimario “no puede sacar ventaja de la declaración de simulación del acto más que hasta integrar su cuota legitimaria”; de Dávila García (123), de que el legitimario no puede pedir sino la rescisión por inoficiosidad de esas donaciones disimuladas, pero no la nulidad del contrato simulado, y de Virgili Sorribes (124), de que la impugnación que del heredero forzoso como tal puede hacer contra los negocios simulados por su causante en perjuicio de su legítima queda circunscrita sólo “hasta cubrir su legítima”. El argumento *ab absurdum* de Dávila, es correcto: ni el legitimario puede beneficiarse más de lo que importa su interés legítimo, ni lo actuado por él ha de beneficiar al heredero voluntario en cuanto éste carezca de interés legítimo para reclamarlo.

Esa distinción no desaparece cuando en una misma persona se reúnen las cualidades de heredero voluntario y de legitimario. Podrá actuar en el primer concepto y en el segundo, puesto que éste no es absorbido por aquél (125). Pero según cuál sea el concepto en que actúe, vendrán predeterminadas sus posibilidades y el ámbito de su acción.

Por otra parte, como declaró la Sentencia de 12 de abril de 1944, ni la doctrina de los actos propios ni las consecuencias que se derivan del hecho de la sucesión, conforme a los artículos 659, 661, 1.257 y 1.258 del Código civil, “puede impedir a un legitimario impugnar por simulación los actos de su causante que cedan en peculiar perjuicios de derechos sustraídos a la disposición del testador, so pena de contrariar el espíritu de las disposiciones encaminadas a velar por la defensa de la legítima, frente a los actos ilícitos encaminados a aminarorla o a hacerla totalmente ilusoria”. Razonamiento al que Díez Picazo (126) ha glosado: “El hecho de ser heredero de la vendedora no impide que un legitimario impugne la venta realizada precisamente en perjuicio de la legítima. La aceptación de la herencia no hace desaparecer las acciones encaminadas a la protección y defensa de los derechos legitimarios”.

De otra parte, los actos que como heredero del causante no puedan impugnar el legitimario, pero que esté legitimado en este último concepto para impugnarlos en cuanto perjudiquen a su legítima: no deben aprovecharle en mayor medida como heredero voluntario, puesto que el único interés que jurídicamente le es protegido está delimitado precisamente por aquel perjuicio.

(122) BONET RAMÓN, cfr. *supra* nota 968.

(123) DÁVILA GARCÍA, *ibid.*, nota 979.

(124) VIRGILI SORRIBES, *ibid.*, nota 980.

(125) Cfr. nuestro estudio *Atribución, concreción del contenido y extinción de las legítimas*, 13, en *A. D. C.* XXV-I, pp. 48 y s.

(126) DÍEZ PICAZO, op. úl. cit. Apéndice 158, pp. 379 y s.

El testamento por comisario

ADRIAN CELAYA IBARRA

Juez Municipal
Profesor de la Universidad de Deusto

Una de las más típicas instituciones del Derecho Foral de Vizcaya es el llamado poder testatorio, mediante el cual una persona faculta a otra para que otorgue testamento después de su muerte. Es también esta institución una de las más importantes discrepancias entre el Derecho Foral y el Código Civil, ya que éste no solamente no la admite, sino que la repudia en términos categóricos como contraria a los más elementales principios científicos.

Sin embargo, el poder para testar es un medio oportuno y eficaz para resolver múltiples situaciones que el testador es incapaz de prever, y sobre todo para reforzar la posición del cónyuge sobreviviente frente a los herederos del premuerto.

A poco que se profundice en las leyes forales se llega a la conclusión de que el poder testatorio es en ellas una pieza clave, y que en cualquier intento de reforma, sobre todo con vistas a la deseada unificación del Derecho español, podremos renunciar a otro tipo de leyes, incluso las de troncalidad y saca foral, pero el poder testatorio debe ser conservado, so pena de desnaturalizar nuestro viejo sentido del Derecho y arrancar de raíz las tradiciones más antiguas y queridas.

Faltan hoy estudios profundos sobre el particular, por lo que nuestro propósito en estas notas es el de hacer un ensayo sobre la esencia y fundamento de tan arraigada institución. Nos exponemos a sentar conclusiones discutibles, pero todo queda justificado si sirve para suscitar estudios más profundos.

Concepto del testamento por comisario.

Según Sánchez Román, el testamento por comisario es el otorgado por una persona a nombre de otra, en virtud del poder que ésta le confiere.

Esta definición nos parece incompleta, al menos por lo que atañe a Vizcaya, porque omite declarar que este testamento solamente puede otorgarse después de la muerte del comitente. Es verdad que la Compilación de 1959, en su art. 15, olvida decir que los comisarios sólo pueden actuar después de la muerte del testador; pero el Fuero en su ley 3.^a, título XXI, no lo olvidaba y declaraba que el poder se

daba para hacer testamento “fallecido el que había de testar”. Y pese al silencio del citado art. 15 hay que entender que lo mismo ocurre en la Compilación vigente, si se interpreta correctamente lo que dispone el art. 19 respecto al plazo.

Podemos, por ello, rectificar la definición de Sánchez Román para decir que el testamento por comisario es el otorgado por una persona (comisario) a nombre de otra ya fallecida, en virtud del poder que ésta le confirió.

El testamento por comisario se funda en un otorgamiento anterior, el llamado poder testatorio. Poder testatorio es el otorgado a favor de una persona para que disponga de los bienes del poderdante después de la muerte. El testamento por comisario es el otorgado haciendo uso del poder testatorio.

La prohibición del Derecho Común.

Frente a los foralistas que defendieron, acaso con razones más sentimentales que jurídicas, los poderes testatorios, el Código Civil rompe categóricamente con esta institución al declarar en el art. 670 que “el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”.

Por excepción, el art. 671 establece que “podrá el testador encargar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse”.

Podemos decir, siguiendo a Puig Peña (1), que el C. C. prohíbe dejar a un tercero:

a) La confección del testamento. Como posibles excepciones encontramos en el texto legal:

1. La sustitución pupilar y ejemplar (arts. 775 y 777), que no rompen la regla por su carácter extraordinario y por tener su origen no en la voluntad delegada del testador, sino en la ley misma.

2. El art. 831, conforme al cual “podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado”. Esta es, evidentemente, la excepción más notoria a la prohibición de delegar la facultad de testar. Pero téngase en cuenta que esta norma está condicionada a una serie de supuestos: que se otorgue el pacto en capitulaciones; que muera intestado uno de los cónyuges; que el viudo no contraiga nuevas nupcias;

(1) FEDERICO PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil*, tomo V, vol. I, pág. 203.

que la distribución se limite a los hijos y en los dos tercios de la legítima, y que no perjudique las legítimas ni las mejoras hechas en vida por el testador.

b) La vida del testamento. "Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios..."

c) La facultad distributiva. Tampoco se le puede dejar "la designación de las porciones en que hayan de suceder" cuando los herederos sean instituidos nominalmente (art. 670, p. 2.º).

El precepto del art. 671 debe ser considerado, añade Puig Peña, "no como una rotunda excepción de lo dispuesto en el art. 670 en el sentido de aceptar un 'arbitrium merae voluntatis' en la distribución, sino como una regla interpretativa del pensamiento finalístico (familiar o filantrópico) del causante. Por ello entendemos que si el testador concreta una clase de parientes, como mis sobrinos, mis hijos, etc., no puede el albacea, apoyándose en este precepto, dar a uno más que a otro, pues sería poner en juego una facultad de mejorar prohibida terminantemente por el art. 830 C. C. Es preciso, pues, que el testador haga una referencia general 'a los parientes', los pobres, los establecimientos de beneficencia, etc... y entonces... puede entrar en juego el artículo que comentamos...".

Pero todas estas excepciones, aplicables en casos muy precisos y limitados, y que propiamente no afectan a la facultad de testar, no rompen la regla general rigurosamente prohibitiva del Código Civil, que repudia el testamento por comisario. Porque, como dice García Royo, "el cargo de comisario se refiere a la formación del testamento, no a la ejecución".

Contrasta esta postura del Código Civil con la de las legislaciones forales, que, como en seguida veremos, admitieron en mayor o menor grado la figura jurídica del testamento por poder.

Naturaleza jurídica de esta institución.

Según las distintas concepciones y el diferente desarrollo de la legislación positiva, los poderes testatorios pueden tener distinta naturaleza jurídica:

A) Puede entenderse que el comisario es un simple portador de la voluntad del testador, obligado a transmitirla a los herederos. Su función única consistiría en recibir el encargo del causante y manifestarlo en el momento oportuno; el testamento lo hizo ya el causante, por lo que el comisario no testa, sino que simplemente mantiene en reserva la declaración que se le hizo privadamente, hasta que llegue el momento de hacerla pública.

Esto sucede con la llamada herencia de confianza, que, según el art. 118 de la Compilación de Cataluña, consiste en instituir herederos o legatarios para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente el testador.

B) Pero éste no es el caso de los poderes para testar en Aragón y en Vizcaya, pues en ellos se encomienda al comisario que designe

libremente al heredero, precisamente porque el testador no se halla en condiciones de hacer una elección acertada. "Así, dice Roca Sastre (2), cuando el padre o madre, titulares del patrimonio, fallecen dejando hijos de corta edad, se evita que el título de heredero único recaiga ciegamente en un hijo que, por ser de corta edad, no se sabe si tendrá la idoneidad suficiente para regir la casa, ya que para ello son insuficientes las normas legales sobre testamentificación pasiva; se requieren dotes especiales. Por ello, para prevenir tal evento, se faculta al cónyuge para que, en su día, elija, y en defecto de esta elección, dicha facultad se concede a los más próximos parientes."

"La persona con derecho a elegir, añade Roca, tiene una titularidad de disposición. Tiene un derecho a influir en la esfera jurídica ajena de un modo semejante al derecho de presentación en los patronatos activos. La característica de esta titularidad es que no atribuye provecho económico. El elector tiene interés, pero este interés es de índole puramente familiar, amical o de afeción, en plena consonancia con el carácter de confianza que preside la figura jurídica."

Un verdadero problema que se presenta en estos casos, y al que también alude Roca, es que mientras el comisario no utiliza su facultad de elegir los bienes se encuentran en una situación de incertidumbre, porque los herederos no son conocidos ni pueden serlo hasta que el poder de testar sea utilizado.

En el supuesto anterior, A), el heredero de confianza se limita a transmitir la voluntad que le fue comunicada por el causante, mientras que en el poder testitorio el comisario es él mismo quien dispone, es un *delegado para testar*.

C) Posiblemente, la mayor parte de los tratadistas entenderán que el poder testitorio en Vizcaya no es otra cosa que lo que acabamos de exponer, una delegación de la voluntad del testador, y acaso los textos legales favorezcan esta interpretación, pero la costumbre inmemorial configura la institución de otra manera y le da un contenido mucho más amplio.

"El espíritu del pueblo vizcaíno, dice García Royo, con una constancia impresionante por el acervo de la experiencia y el continuo contraste de la manera de pensar que refleja a través de la institución del comisariado, tiende a la configuración en el viudo comisario de un usufructo vitalicio y universal de todo el patrimonio relicto, sin inventario, sin fianza ni rendición de cuentas. Es una constante raras veces excepcionada en la tierra llana de Vizcaya la que se manifiesta en el viudo como usufructuario poderoso, universal, sin limitación de las facultades ni en extensión ni en duración, que suele ser indefinida por expresa prórroga" (3).

En la institución del comisariado, dice más adelante el mismo au-

(2) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado*, II, pág. 106.

(3) LUIS GARCÍA ROYO: *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, II, página 295.

tor (4), hay un aspecto de forma y otro de fondo. El acto jurídico solemnizado va más lejos que la exteriorización.

Formalmente es una simple delegación de la facultad de testar, pero en el fondo se trata de conceder al viudo una situación de privilegio, mediante la cual no solamente hace suya la mitad de los bienes comunicados, sino que administra y usufructúa la otra mitad, destinada a los herederos legítimos, respecto de la cual puede ser considerado como un verdadero "titular fiduciario de disposición". Esta situación sólo se rompe por su propia voluntad al otorgar testamento en nombre del causante.

La técnica seguida en Vizcaya al interpretar y aplicar nuestro Fuero ha sido excesivamente legalista, atenida al texto literal de los preceptos positivos. No ha tenido en cuenta el uso universal, la costumbre que avasalladoramente se impone por encima de la letra, y así, en lugar de tratar de penetrar en la esencia de las instituciones, se las ha tomado superficialmente para encajarlas en los esquemas prefabricados del Derecho romanizado.

El hecho cierto, no obstante, es que el poder testitorio entre cónyuges se ha considerado en el pueblo como un medio de asignar facultades amplísimas al sobreviviente. La prórroga indefinida de los poderes era la llave que cerraba y completaba la institución, y, pese a la jurisprudencia contraria, sigue manteniéndose en el uso.

Hemos de puntualizar, no obstante, que este significado de los poderes testitorios solamente podemos atribuirlo al que se confiere entre cónyuges, ciertamente el más usual en Vizcaya, aunque el Fuero, y hoy la Compilación, regulan la institución con gran amplitud, admitiendo incluso el nombramiento de comisario a favor de extraños. Tratándose de comisario que no es el cónyuge, su poder hay que considerarlo como una delegación para testar.

Origen de la institución.

Según García Royo (*l. c.*, pág. 290), la finalidad del poder testitorio es la del "Treuhander", como medio de transmisión mortis causa del Derecho germánico. Aparece con la afatomia en la "Lex salica" y en la "Lex Alamannorum", que constaba: *a*), de la tradición de bienes al fiduciario en forma simbólica; *b*), la realización de actos posezorios en "sessio triduana".

Manresa (*Comentarios al Código Civil*, tomo V, pág. 397, 5.^a edición) atribuye su origen a la institución de los mayorazgos familiares; pero es lo cierto que el mayorazgo es una forma de vinculación que no tiene que ver con la troncalidad, antes bien es una deformación de la misma. Además, el poder testitorio faculta para disponer de bienes troncales y no troncales.

Según Mucius Scaevola, que cita a Caravantes (*Comentarios al Código Civil*, tomo XII, pág. 193), el origen de esta institución se halla en una Decretal de Inocencio III. También Roca Sastre encuentra la

(4) *Idem*, pág. 306.

raíz de la institución en esta Decretal, dictada a petición del obispo Altisidorensi, quien gozaba del "ius spolii", derecho sobre los bienes de los clérigos que morían intestados. El texto dice: "Que extremam voluntatem in alterium dispositionem committit, non videtur decedere intestatus", el cual, en la versión romanceada de dicha célebre compilación raimundiana, se expresa así: "Dize aquí que aquel non muere sin manda el qual pone su voluntad en Dios e su muerte en ordenamiento doltri" (Ramón María Roca Sastre, *Estudios de Derecho Privado*, II, pág. 101).

Parece dudoso que las especialidades forales tengan origen romano o canónico; más bien hay que atribuirlas al fondo consuetudinario popular, y acaso a un antiguo tronco germánico.

Evolución.

El más antiguo precedente castellano de los poderes para testar lo encontramos en el Fuero Real (ley 7.^a, título V, libro III), en el que se dice que "si alguno no quiere o no pudiere por sí ordenar la manda que ficiere de sus cosas, e diese su poder a otro... puédalos facer é lo que él ordenare o diere, vala, así como si lo ordenare aquel a quien dió el poder".

En las Partidas estos poderes se prohíben terminantemente. La ley 11, título III, de la Partida 6.^a, bajo el epígrafe de "Cómo el testador debe nombrar por sí mismo a aquel que establece por heredero et non ponerlo en alvedrio dotri", dice que "declarar debe et nombrar el facedor del testamento por si mismo el nombre de aquel que establece por heredero; ca si otorgare poder a otro que lo estableciese en su lugar non valdria... et esto es porque el establecimiento del heredero et de las mandas non debe ser puesto en alvedrio de otro".

Las leyes de Toro, en cambio, regulan detalladamente el testamento por comisario, al que se dedican las leyes 31 a 39. No obstante, su punto de partida es de recelo hacia la institución, porque advierte que los comisarios "hacen muchos fraudes y engaños con los tales poderes". Pese a ello, estas leyes han venido siendo alegadas y utilizadas en los Tribunales para suplir las lagunas de la ley foral en Vizcaya.

El Código Civil, como ya hemos visto, prohíbe el testamento por comisario, pero conservando el régimen jurídico escrito o consuetudinario de las regiones forales (art. 12), por lo que en estas regiones subsiste con arreglo a la legislación tradicional.

Legislaciones forales.

A diferencia del Código Civil, casi todas las regiones forales admiten en mayor o menor grado los poderes para testar. Examinemos el Derecho propio de cada una de estas regiones:

Cataluña.

El Derecho romano declaraba nula la institución de herederos dejada al arbitrio de otra persona; pero la costumbre introdujo el testamento de confianza. La sentencia de 12 de noviembre de 1897 reco-

noce validez al testamento en que el marido instituye heredera a su mujer con la facultad de distribuir los bienes entre los hijos comunes.

La Compilación de 21 de julio de 1960 en los arts. 118 a 121 regula la institución de herederos o designación de legatarios de confianza "para que den a los bienes el destino que les haya encomendado confidencialmente el testador de palabra o por escrito" (art. 118). No es esto propiamente un testamento por comisario, pues el heredero o legatario no destina libremente los bienes, sino que se atiene a las instrucciones recibidas; pero hay que reconocer que en la práctica produce algunos efectos similares. Este tipo de institución presenta el peligro de que no existe garantía alguna de que se cumpla fielmente la oculta voluntad del causante, y, por otra parte, el comisario es designado heredero y percibe una remuneración que también suscita problemas.

Más próximas al poder testitorio se encuentran otras dos instituciones que también recoge la Compilación:

1. La costumbre existente en Pallars Sobirá o en otras comarcas donde el testador puede instituir heredero a aquel de sus hijos que elijan los dos parientes más próximos (art. 116).

Esta costumbre tiene gran parentesco con las peculiaridades forales de Vizcaya, Aragón y Navarra, pues "la elección deberá recaer en uno de los hijos o descendientes legítimos del causante que los dos parientes estimen ser el más apto para regir la casa".

Es idéntica la finalidad del testamento por comisario en Vizcaya, pues se da para que pueda ser elegido el más idóneo para gobernar el caserío. Combinado con la libertad de testar evita la división de la hacienda rural y asegura su mejor explotación.

2. El precepto del art. 115 de la Compilación establece una posible delegación para testar, pues "el cónyuge podrá instituir heredero al hijo que su consorte sobreviviente elija entre los hijos comunes, o instituir a éstos en las partes iguales o desiguales que el cónyuge sobreviviente estime conveniente". También este precepto cumple la función de los poderes testatorios de Vizcaya en los casos más normales, esto es, entre marido y mujer y habiendo hijos.

Aragón.

En Aragón, el testamento por comisario no estaba regulado en los Fueros, pero al amparo de la Observancia 6.^a ("De confessis"), que permite a los cónyuges pactar lo que crean más conveniente, la costumbre introdujo el pacto por el que los esposos se nombran comisarios con facultad para que el sobreviviente disponga de los bienes entre los hijos.

La institución fue recogida en el Apéndice foral, cuyo art. 29 dice:

"El testador puede encomendar a su cónyuge, solo o con asistencia de determinados parientes, que a modo de fiduciario comisario ordene y regule la sucesión de aquél, elija el heredero o los herederos y distribuya los bienes, ora libremente y sin otras cortapisas que los derechos atribuidos con carácter forzoso por la Ley, ora dentro de los

límites que el testador señale y que no sean imposibles ni contrarios al Derecho natural.”

Y la Compilación vigente dedica su título IV a lo que llama “fiducia sucesoria”. Comprende los arts. 110 a 118. En el 110 se establece la fiducia entre cónyuges: “Cada cónyuge puede nombrar fiduciario al otro para que ordene la sucesión de aquél entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.”

El art. 114 admite que la fiducia para ordenar la sucesión de la casa pueda encomendarse “a dos o más parientes, no pudiendo excluirse al cónyuge sobreviviente mientras permanezca viudo”.

Navarra.

En Navarra también existe la institución de los “fiduciarios-comisarios sucesorios” (*Recopilación privada del Derecho Privado Foral de Navarra*, título XI, Pamplona, 1967).

La sentencia de 30 de octubre de 1944 declaró la validez de los testamentos de confianza. Y en la *Recopilación privada* que hemos citado se dedican a este tema las leyes 240 a 247. La ley 240 dice:

“Para el caso de fallecer el causante sin ordenar su sucesión, en todo o parte, por testamento, capitulaciones u otra escritura pública, podrá delegar en un fiduciario-comisario las facultades de designar heredero o donatario universal, señalar dotaciones y disponer legados, dentro de los límites establecidos en la delegación y conforme a lo dispuesto en el presente título. La delegación podrá conferirse al cónyuge u otra persona individual, conjunta o subsidiariamente; cuando se hubiere conferido genéricamente a parientes se entenderá a los Parientes Mayores.”

Y la ley 246 amplía las facultades de los comisarios con ciertos derechos de goce:

“Siempre que los fiduciarios fueren el cónyuge o ascendientes del causante, en tanto no hubieren cumplido enteramente su cometido, tendrán facultades de administración y disposición sobre los bienes de los que todavía no hayan dispuesto” (5).

Baleares.

El art. 77 de la Compilación dice:

“El testador podrá encomendar a su consorte la distribución de los bienes de su herencia entre los hijos comunes, libremente o con las limitaciones que establezca.”

En este precepto la posibilidad de ser nombrado comisario queda limitada: *a)*, en cuanto a la persona del comisario, pues solamente puede ser designado el cónyuge; *b)*, en cuanto al orden de herederos, ya que el poder únicamente alcanza a designarlo entre los hijos.

Pero tenemos también una figura jurídica similar al comisario y

(5) Y en el anteproyecto de Compilación sometido a información pública se reproducen estos preceptos, incluso ampliando y mejorando la regulación en las leyes 281 a 288.

Además se regula la herencia de confianza (leyes 289 a 295).

con ámbito más amplio que la recogida en el artículo transscrito en otro precepto del texto compilado, el art. 18, que dice:

“El testador podrá encomendar a la persona instituida, aunque sólo fuere en el usufructo de todo o parte de los bienes de la herencia, que, por acto entre vivos o de última voluntad, los asigne a uno o los distribuya entre varios de los parientes de aquél o del propio ‘distribuidor’, libremente o con las condiciones y limitaciones que el testador establezca, quedando a salvo las legítimas.”

Vizcaya.

Seguramente es Vizcaya la región foral en la que los poderes testatorios tienen mayor difusión y amplitud. Ya el Fuero Viejo (1452) los regulaba en términos muy amplios en el capítulo 127 (edición de Astuy). El epígrafe en esta edición debe estar mal copiado, pues dice: “Título de los testamentos fechos por perdon” (debe decir “por poder”). Entre el texto de la edición de Astuy y el publicado por Labayru (*Historia General de Bizcaya*, tomo III, pág. 178) hay algunas diferencias, pero son accidentales. Copiamos el texto de Astuy:

“Otrosí por quanto acaece muchas veces que algunos homes ó mujeres non pueden ordenar sus testamentos é mandas ó aunque puedan non quisieren declarar su postrimera voluntad para facer sus testamentos é establecen herederos, é dan poder a otros sus parientes é amigos, é los maridos á las mujeres é las mujeres a los maridos para que despues de su muerte en su logar puedan facer mandas é testamento é para dar é distribuir é partir entre sus herederos todos sus bienes muebles é raices como quisieren é por bien tovieron, é es duda si el tal poderío, é lo que por virtud de él fuere mandado, despues de la muerte del testador debe valer o non, é queriendo quitar esta duda, dijeron que ordenaban é establecían, que cuando quier que algunos home o mujer dieren tal poderío a algunos, ó la mujer al marido, ó el marido a la mujer, vala todo lo que por los tales que ansi fuere dado tal poderío fuere hecho, é ordenado é mandado, ansi como si el testador mismo en su vida hiciese hecho é ordenado.”

De este texto se desprende que la libertad de nombrar comisarios es amplísima en todos los aspectos:

a) En cuanto a las personas, porque puede darse a favor de parientes é amigos (“parientes o amigos” según Labayru) é los maridos a las mujeres é las mujeres a los maridos.

b) En cuanto a las facultades de los comisarios, porque pueden “facer mandas é testamento” y “dar é partir é distribuir entre sus herederos todos sus bienes muebles é raices como quisieren é por bien tovieron”, es decir, tienen las mismas facultades del testador (“como si el testador mismo en su vida hubiese hecho é ordenado”).

c) En cuanto al plazo, porque no se establece ningún límite de tiempo para el ejercicio del poder testitorio.

En la edición reformada de 1526 se recoge también el testamento por comisario y además se razonan las causas de su admisión.

“Ley III, Titulo 21

De los comisarios y cómo pueden elegir heredero

Otrosí dijeron: Que habían de Fuero, uso y costumbre, y establecían por Ley, que por cuanto muchos en su fin, no pueden ordenar, ni hacer sus testamentos, y mandas o aunque pueden, no quieren declarar su postrimera voluntad y dan poder a algunos, sus partes, o amigos, o mujer al marido, o el marido a la mujer, para que fallecido el que había de testar, hagan los tales comisarios el tal testamento e institución, o instituciones de herederos; y puede ser que el tal fallecido ha dejado hijos, o descendientes, o profincos, que le han de suceder, pupilos y pequeños, y de tal edad, y condición, y calidad, que los comisarios no pueden convenientemente elegir, ni instituir entre los tales menores cual es más idóneo, o hábil, o suficiente, o conveniente a la casa, para heredar, o regir toda la casa y casería; y a esta causa por hacerse las tales elecciones entre niños, y tan breve, a veces no suceden bien. Por ende, que establecian que el tal poder, y comisión valiese; con que los comisarios puedan hacer la elección, e institución, y nombramiento de heredero, o herederos, si los hijos, o descendientes, o profincos, y tronquero del testador, fueran al tiempo que el testador fallece de edad de poderse casar; y en tal caso, tengan los tales comisarios término de año y día, para hacer la tal institucion o instituciones; pero si los tales hijos o sucesores fueren de edad pupilar, los comisarios tengan término para instituir todo el tiempo, que los tales hijos o sucesores, fueren menores de edad, y disposición de se poder casar, y dende un año cumplido, y dentro de este término, en cualquier tiempo que ellos quisieren, hagan la tal elección o institución. Y la tal institucion que hicieren valga, no embargante que el testador en su testamento, y postrimera voluntad, no haya nombrado, ni declarado a cual de sus hijos, o descendientes, o sucesores le hayan de heredar, o los comisarios nombrar, y elegir. Pero si acaece, que en tal transcurso de tiempo, alguno, o algunos de los tales comisarios fallecen sin hacer la dicha elección, que en cualquier, o cualesquier comisarios que vivos quedaren, quede la dicha facultad insolidum.”

La razón de ser del comisariado es, según este texto, elegir entre los hijos el “más idóneo o hábil o suficiente o conveniente a la casa, para heredar, o regir toda la casa y casería”, porque de hacerse la elección entre niños “a veces no suceden bien”.

A diferencia del texto de 1452, en el nuevo Fuero se establece

un límite de tiempo para hacer la elección de heredero, un año a partir de la mayor edad del último de los hijos.

Juicio crítico.

El Código Civil funda la prohibición del testamento por comisario en su carácter personalísimo. Y la doctrina, con un criterio casi unánime, defiende esta nota del testamento con justificaciones diversas. “Unos creen, dice Puig Peña (*Tratado de Derecho Civil español*, tomo V, vol. I, pág. 201), que la causa fundamentadora del mismo (del carácter personalísimo del testamento) se encuentra en la necesidad de evitar la perturbación que podría provenir de la interferencia de varias voluntades; otros, en el temor de que los mandatarios o representantes no interpretaran bien los deseos del ‘de cuius’; algunos, en el simplicismo general de los actos mortis causa; otros, en el formalismo tan típico de los negocios testamentarios, etc. Pero en verdad la razón de ello se encuentra en la necesidad de que la declaración de última voluntad represente íntegramente la voluntad del testador. Si aquélla es su último deseo, si es la ordenación de su patrimonio y en cierto sentido de su familia e intereses de todo orden, esa voluntad no puede tener otro mejor intérprete que el testador mismo. Sólo él conoce detalladamente el alcance económico y moral de sus actos, que dicen mucho de premios y sanciones, de estimación o reprobación de conductas, de apreciación de caracteres y de modos de ser, de previsión frente a posibles o probables realizaciones del devenir, y todos esos apuntes materiales y de conciencia no pueden ser captados por cualquiera, aun con la mejor voluntad; precisan del propio interesado, del propio ordenador testamentario.”

Los comentaristas al Código Civil aplauden, por lo general, la suspensión de los poderes para testar. “El testamento ha de ser personalísimo, dice Manresa (*Comentarios al Código Civil*, tomo V, pág. 397, 5.^a edición). No existe una razón filosófica y legal que justifique suficientemente la conveniencia y menos la precisión de esta forma de testamento. Para dos casos lo autorizaban únicamente nuestras antiguas leyes: cuando el testador no pudiera o no quisiera hacerlo por sí. La primera no es motivo bastante estando establecidos en interés público los requisitos del testamento. La segunda tampoco, pues el otorgamiento del testamento es la demostración de la inexactitud de la impotencia del causante.”

“Ninguna defensa tiene, concluye Manresa, el testamento por comisario ante la ciencia, ni aun ante la mera conveniencia o utilidad.”

Toda esta argumentación no parece muy consistente, pues el respeto debido a la voluntad del testador podía ser razón bastante para que la ley admita esta forma de testar, y el recurso a superiores principios filosóficos, algo misteriosos, no convence cuando se trata de enjuiciar una realidad social que no descansa sobre la lógica abstracta.

Se nos ocurre preguntar: ¿Hace falta razonar la admisión de esta forma de testar o será más bien preciso justificar la prohibición? Entendemos que el fuero de la libertad, y en este caso se trata de la

libertad civil, solamente puede ser restringido por muy graves razones de orden social, por lo que acaso se haya invertido el razonamiento: en lugar de justificar la prohibición se exige razonar el mero ejercicio de un derecho que la naturaleza no prohíbe.

Parecidos son los argumentos de Mucius Scaevola, que prácticamente reproduce las razones de Manresa y concluye: "Incondicional aplauso corresponde en justicia al legislador español" por la supresión de los poderes para testar.

Los argumentos que presentan los autores actuales (muchos ni siquiera se ocupan de razonar la prohibición del art. 670) podemos sintetizarlos así:

a) El testamento tiene que ser un acto personalísimo, pues la voluntad no es delegable (Francisco Bonet Ramón, *Compendio de Derecho Civil*, tomo V, pág. 92).

Sin embargo, la voluntad es siempre delegable en los actos inter vivos (con limitadísimas excepciones). La representación, o sea, la delegación de la voluntad, cumple una función jurídica trascendental al permitir al representado atender a muchos asuntos que no puede cuidar personalmente por razones muy variadas, distancia, tiempo, no poder atender a otras ocupaciones, etc. Y nos parece natural que alguien otorgue un poder general y amplio a persona de su confianza. Pero las mismas dificultades pueden alcanzar al testador en orden a la designación de herederos cuando desconoce sus auténticos méritos o no tiene un juicio sobre sus auténticas necesidades; ¿por qué no reconocerle la facultad de delegar?

Cualquier persona puede otorgar poderes de la amplitud que quiera, y no se ve con escándalo que el apoderado disponga de los bienes en vida del testador, cuando puede causarle perjuicios directos. Parece, pues, justo que a cualquier persona se le permita nombrar un delegado que, después de su muerte, con mejor información y completa libertad, distribuya sus bienes.

b) Se habla de la perturbación que puede producir la intervención de personas extrañas. Creemos que en la relación sucesoria será difícil evitar que se produzcan diferencias y problemas. Pero la intervención de personas extrañas no se evita con esta prohibición, pues se admite en el Código el albaceazgo y los contadores-partidores, que no hay duda de que pueden suscitar las mismas prevenciones, y, sin embargo, nadie duda de que la institución del albaceazgo ha de ser mantenida, pues, por lo general, el testador elegirá la persona más idónea para estos cargos.

Muy en especial se desvirtúa este argumento cuando el poder testamentario se otorga a favor del cónyuge sobreviviente.

c) Un argumento de peso consiste en el temor de que los comisarios hagan mal uso de los poderes. Es un cebo a la codicia del comisario, decía Alonso Martínez. Y ciertamente que este riesgo no puede evitarse; pero no creemos que una institución que puede prestar notables servicios deba ser eliminada por sus manifestaciones patológicas.

Por otra parte, este riesgo se elimina o se reduce al mínimo cuando el comisario no es heredero ni tiene derecho alguno sobre la herencia. En cambio, es innegable que en los testamentos de confianza el peligro de que el comisario, que se beneficia de su cargo, anteponga a todo su propio interés es muy grande.

d) El argumento que más impresiona a Puig Peña es que el testamento debe representar íntegramente la voluntad del testador. No puede tener mejor intérprete, dice, que el testador mismo.

Pero si el testador no tiene medios suficientes de información, si duda de lo que será de sus presuntos herederos en un futuro próximo, no puede disponer con el suficiente conocimiento de causa. El padre o madre con hijos menores no puede hacerse idea de cuáles serán las necesidades de sus hijos en el futuro, ni cuál será el más competente para regir o llevar el negocio familiar. Nada más justo que permitirle aplazar su decisión y confiarla a quien, llegado el momento, tendrá mejores elementos de juicio para resolver.

Defensa del testamento por comisario.

Refiriéndose Bonet al testamento por comisario en Aragón, afirma que varios fines lo justifican. "Así, entre otros, podrían citarse los siguientes más corrientes (*l. c.*, pág. 209):

1.^º El testador puede relegar a un momento ulterior la designación del heredero o la distribución de su patrimonio, cuando la evolución normal de las circunstancias permita conocer al más apto para cada puesto o al más necesitado.

2.^º Garantiza al cónyuge supérstite una más sólida posición frente a los hijos, ante eventuales y no infrecuentes ingratitudes por parte de éstos, especialmente cuando el supérstite carece de bienes propios o queda congelada su facultad de disposición mortis causa por la irrevocabilidad del testamento mancomunado.

3.^º Facilita la enajenación por el supérstite de los bienes del cónyuge premuerto o comunes al matrimonio (de estos últimos sin necesidad de liquidar la sociedad conyugal) al poder asignar el bien que se trate de vender a un hijo, y enajenarlo ambos conjuntamente, por su respectivo derecho, incluso en el mismo instrumento; de esta forma se trata de dar cauce, hasta donde sea posible, a esa aspiración tantas veces expresada por los testadores de que sea 'todo lo del uno para el otro', traducida sobre todo en la posibilidad de vender el sobreviviente en caso de necesitarlo."

La argumentación de Bonet es perfectamente aplicable al testamento por comisario en Vizcaya, especialmente cuando, como es lo normal, se otorga a favor del cónyuge sobreviviente.

Pero por encima de todas estas razones defiende el poder testatorio el principio general de libertad civil. Nos vamos acostumbrando a que el Estado omnipotente, el legislador, provea a todos los supuestos, a que tome todas las decisiones, incluso en algo tan íntimo y familiar como es el disponer de los bienes después de la muerte de una persona. En los países de Fuero se piensa que el cabeza de familia es

quien debe ordenar sobre ella y sólo excepcionalmente ha de intervenir la ley.

El testador, normalmente el cabeza de familia, se encuentra en mejores condiciones que el lejano legislador para establecer las normas a que ha de sujetarse su sucesión. Si estima que la decisión más correcta es encomendar la distribución de sus bienes a su cónyuge u otra persona que la haga en mejor momento y con mejores elementos de juicio, no se ve razón alguna para que se entrometa el Estado obligándole a aceptar una norma abstracta dictada sin consideración alguna a los casos particulares, sin conocimiento de las circunstancias y de las necesidades de una determinada situación familiar.

Ciertamente que, en algún caso, este criterio liberal puede conducir a que el testador haga disposiciones poco razonables, pero no será lo normal, pues por lo general los padres atienden al interés familiar y se guían por la única razón de ayudar y favorecer a sus hijos, de atender muchas veces al más débil, o necesitado, o de buscar el más eficiente para la dirección de los intereses y empresas familiares.

Los abusos aislados no justifican la prohibición legal. Si partimos del abuso habría que prohibir el testamento mismo, ante los supuestos, aislados, pero no infrecuentes, de testamentos otorgados con criterios extraños y caprichosos, a veces por personas de edad cuyo equilibrio psicológico es dudoso y bajo la presión de amistades interesadas, o por jóvenes arrastrados por la pasión a disponer según les estimulan relaciones ilícitas, incluso con perjuicio de los familiares más allegados.

Pero especialmente debe defenderse la libertad de los esposos para atribuirse un recíproco poder testatorio, poder que cumple la legítima aspiración de reforzar la posición del sobreviviente ante los herederos, de permitirle la fácil disposición de los bienes comunes y de aplazar los actos de disposición hasta el momento en que puedan ser realizados con mejor conocimiento de causa.

La crítica en Vizcaya.

Los comentaristas de nuestro Derecho Foral defienden con unanimidad el poder testitorio.

El principal argumento es el que considera los poderes testitorios como un medio para mantener la indivisión y la mejor explotación del caserío.

“Para salvar los inconvenientes de una elección prematura, dice Jado, o de la división forzosa de los bienes, está el testamento por comisario que se conceden mutuamente marido y mujer en la escritura de capitulaciones matrimoniales, y por ese medio puede el padre o la madre sobreviviente elegir al más idóneo, o hábil, o suficiente, o conveniente a la casa para heredar o regir toda la casa y casería, como dice la Ley del Fuenro” (Rodrigo Jado Ventadas, *Derecho Civil de Vizcaya*, pág. 279).

Y para Angulo Laguna “no hay motivo alguno racional que oponer a que el principio de la representación influya en la forma de ejer-

cicio de la testamentifacción activa, y a que las leyes civiles reconocen la forma que se llama testamento por comisario o mandatario" (Diego Angulo Laguna, *Derecho Privado de Vizcaya*, pág. 194).

A estos argumentos hemos de añadir que, aunque el Fuero establece ampliamente el comisariado, tanto a favor de parientes como de extraños, la costumbre general es que los poderes testatorios se otorguen exclusivamente entre cónyuges, y, por lo general, para disponer a favor de los hijos comunes. Este es el supuesto que parece prever la ley 3.^a, título XXI, del Fuero, y limitándonos a él, la defensa del poder testitorio se hace muy fácil, pues nada más legítimo que el derecho del testador de transmitir sus facultades a su cónyuge para que haga una elección acertada, reforzando al mismo tiempo su posición ante los hijos.

"Con este medio indirecto, dice García Royo, aunque el Fuero no concedía expresamente a la madre la patria potestad, el poder testitorio transmite la representación del marido a su muerte y coloca a la viuda en su lugar para el acto más solemne de la vida familiar vizcaína, la designación de heredero tronquero sucesor en la casa paterna: mientras no se hace tal designación rodea a la madre de todo el prestigio" (*l. c.*, tomo II, pág. 312).

Distinción necesaria.

En cualquier caso parece necesario hacer una distinción que, dentro de la institución que comentamos, puede tener importantes consecuencias. Se trata de separar los poderes otorgados a favor del cónyuge de los otorgados a favor de otras personas.

Los primeros tienen más fácil y eficaz defensa. En realidad es este testamento a favor del cónyuge como comisario el que, con más o menos variantes, recoge el art. 115 de la Compilación catalana, el introducido en Aragón por la costumbre e incorporado al art. 29 del Apéndice y el 110 de la Compilación, el que también por costumbre foral se practica en Navarra y el que la Compilación de Baleares regula en su art. 77.

La relación conyugal normal basta para razonar y justificar este testamento por poder.

Puede haber más dificultades en la admisión de comisarios extraños. Estimamos que el principio de libertad civil es bastante para justificarlos, pero no puede ignorarse el peso de los argumentos contrarios, que pueden tener una enorme fuerza en los espíritus habituados a tomar los principios básicos del Código Civil como "ratio juris".

EL TESTAMENTO POR COMISARIO EN VIZCAYA

DESARROLLO LEGISLATIVO

Elementos personales.

Entendido el poder testitorio como delegación para testar, su otorgamiento exige, además de la persona del testador (comitente), otro elemento personal, el comisario o delegado para testar.

I. El testador o comitente

Debemos preguntarnos por las condiciones que ha de reunir el testador en orden a su capacidad para otorgar poder testitorio. Podemos reducirlas a dos: ser vizcaíno aforado y tener capacidad para testar.

A) Ser vizcaíno aforado.

Si atendemos al epígrafe del título III de la Compilación, “De las formas de los testamentos”, cuyo capítulo II trata “Del testamento por comisario”, debemos concluir que estamos ante una forma de testar y, en consecuencia, es aplicable el art. 11 del Código Civil y considerar este testamento como mera cuestión de forma, regida por la ley del lugar de otorgamiento.

Las formas y solemnidades de los testamentos, dice este precepto legal, se rigen por las leyes del país en que se otorguen. Por lo tanto, cualquiera que otorgara testamento en la zona aforada de Vizcaya, ya fuera vizcaíno, ya castellano o incluso extranjero, podría utilizar esta “forma” de testar y conceder un poder testitorio. En cambio, nadie podría hacerlo, ni siquiera un vizcaíno aforado, fuera del territorio foral de Vizcaya.

Pero no podemos admitir que nos encontremos ante una cuestión de forma, como ya hemos razonado en otro lugar (6). La forma es el modo de manifestar la voluntad, pero el comisariado se refiere a un acto de representación, delegación de la voluntad, no el modo de declararla.

Por esta razón debe regirse el otorgamiento de poder testitorio por el estatuto personal, conforme al art. 10, párrafo segundo, del Código: “Las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.”

Aunque la delegación para testar no se refiere al orden de suceder ni a la cuantía de la herencia, establece la norma que regirá la distribución de los bienes (la voluntad del comisario), y no nos ofrece duda de que debe ser aplicable el llamado estatuto personal y el artículo

(6) ADRIÁN CELAYA IBARRA: *Vizcaya y su Fuero Civil*, pág. 275.

citado del Código. Conforme al mismo, la sucesión se rige por la ley nacional; pero tratándose de conflictos interregionales, la ley nacional es sustituida por la vecindad (arts. 14 y 15). En consecuencia, la ley vizcaína se aplica a los vecinos de Vizcaya.

Un vizcaíno aforado podrá otorgar este testamento dondequiera que se halle, mientras quien esté sujeto al Derecho común queda sometido a la prohibición del art. 670 del Código Civil en todo tiempo y lugar, incluso cuando comparezca ante un notario residente en tierra llana.

La prohibición alcanza también a los vizcaínos vecinos de villa cuando dispongan de bienes sitos en la tierra llana, pues la única ampliación del régimen foral que les es aplicable, conforme al art. 10 de la Compilación, es la de no poder disponer de bienes troncales sino a favor de parientes tronqueros. El régimen foral en todo el resto de sus instituciones, incluida por tanto la facultad de otorgar poderes testatorios, solamente alcanza a los vizcaínos aforados, vecinos de tierra llana, nunca a los vecinos de villa.

Cambios de vecindad del testador.

Si el testador pierde la vecindad foral antes de su fallecimiento, ¿qué valor tendrá el poder testitorio?

Sosteníamos en otro lugar (7) que en este caso el poder testitorio quedará sin efecto ni valor alguno, como consecuencia del carácter no meramente formal del testamento por comisario, y aducíamos el testimonio de García Royo (8): "Se tiene en cuenta no la capacidad del comisario, sino la del causante. Es el mismo caso que si fuera el propio testador quien quisiera hacer testamento o realizar una distribución de bienes con arreglo a una regionalidad que ya no ostentaba. No interesa la regionalidad del comisario."

Y lo mismo opina Astorqui: "Por rigurosa que parezca a primera vista esta solución, opinamos que si se admite que la facultad de otorgar poder testitorio se rige por el estatuto personal del comitente, y también se admite que para juzgar de la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias habrá de estarse a la ley personal que corresponda al causante en el momento de fallecer éste, fluye como consecuencia natural y lógica que en el presente supuesto el poder testitorio habrá perdido su validez originaria" (9).

No obstante, creemos que el problema exige una reflexión más profunda. No estamos ante una cuestión de forma de testamento, pero tampoco ante un problema de fondo, y estamos poniendo en juego la validez de un testamento, quitando toda fuerza a unas previsiones que acaso fueron largamente meditadas por el causante. Si es preciso aproximarse a alguna de las categorías jurídicas admitidas, entre forma y fondo, este problema podríamos tratarlo como cuestión de capacidad,

(7) *Vizcaya y su Fuero Civil*, pág. 277.

(8) LUIS GARCÍA ROYO: *Foralidad civil de las provincias vascongadas*, II, página 301.

(9) ANTONIO ASTORQUI: *Derecho Civil de Vizcaya y Alava*, pág. 95.

ya que se trata de la facultad del testador de delegar su voluntad, y, como en seguida veremos, la doctrina se inclina hoy a favor de la validez de los testamentos otorgados por quien era capaz conforme a la ley propia en el momento del otorgamiento. Si se tratara de cuestión de forma, aún es más amplio el Convenio de La Haya de 1960, en el que se declara válido el testamento tanto si lo es conforme a la ley del causante en el momento del otorgamiento o en el momento de su muerte.

Sentimos cierta inclinación a mantener la validez de un testamento otorgado, acaso con asesoramiento técnico y por quien ha vivido confiado en su validez. El desconocimiento de la ley nueva no debe excusarle (art. 2.^º del C. C.), pero es un hecho que una jurisprudencia evolutiva no debe dejar de considerar.

Refiriéndose a la capacidad, sostiene Miaja de la Muela que el cambio de estatuto personal no debe afectar a la validez del testamento. "Otra complicación, dice, es la que supone el cambio de nacionalidad o domicilio del testador después del testamento; por regla general, la validez de éste no queda afectada por tales cambios" (10).

Y Wolf, refiriéndose al Wills Act inglés, afirma que "si el testador cuando hace testamento era capaz de hacerlo según la ley de su domicilio en aquel momento, el testamento continúa siendo válido, aunque según la ley de su último domicilio hubiera sido nulo a causa de su incapacidad" (11).

El principio del "favor testamenti", tan ampliamente aplicado en el proyecto de Convenio de La Haya de 1960, y algunas consideraciones de equidad, así como el respeto a la libertad civil, podrían inclinarnos también a una solución favorable a la validez del testamento, pese al cambio de vecindad. En cualquier caso, hemos de reconocer que la cuestión se presenta dudosa, aunque la rigidez de nuestras normas conflictuales nos hace temer que los tribunales se pronuncien por la invalidez.

En Vizcaya, el problema tiene enorme interés, dada la frecuencia y facilidad de los cambios de vecindad y especialmente en los primeros años de vigencia de la Compilación, por los cambios de vecindad que establece. Sospechamos que los tribunales se inclinarán por decretar la nulidad de los poderes otorgados por quien no fuera aforado en el momento de su fallecimiento.

Pero, en cualquier caso, pensamos que es preciso anotar dos importantes excepciones:

La primera se refiere a los cambios de vecindad ocasionados por modificaciones del territorio foral producidas por la entrada en vigor de la Compilación o por la aplicación futura de su art. 3.^º Por ejemplo, respecto a los vecinos de Deusto, Begoña y Erandio, que perdieron la vecindad foral en 1959, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda. En estos casos debe aplicarse la disposición transitoria segunda del Código Civil, que declara válidos los poderes para

(10) MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*, tomo II, pág. 326.

(11) MARTÍN WOLFF: *Derecho Internacional Privado*, pág. 553.

testar otorgados antes de su vigencia, si bien su revocación o modificación posterior no podrá verificarse sino testando con arreglo al mismo.

Se trata, sin duda alguna, de una cuestión de derecho transitorio, y conforme a la transitoria tercera de la Compilación la cuestión debe resolverse acudiendo al Código Civil. Por lo tanto, estos poderes son válidos, pero la herencia se adjudicará y repartirá con arreglo al Código Civil, cumpliendo en cuanto éste lo permita las disposiciones testamentarias (disposición transitoria 12). Por lo tanto, el comisario estará obligado, al hacer uso del poder, a respetar las legítimas y demás derechos sucesorios que el Código señala. Es decir, será un poder testatorio sin libertad de testar.

La segunda excepción hemos de hacerla con los poderes testatorios otorgados en capitulaciones matrimoniales. Siendo, como son, inmutables las capitulaciones, no pueden quedar modificados sus pactos por un cambio de vecindad. Esto puede desprenderse del art. 1.320 del Código Civil, que prohíbe la alteración de las capitulaciones después de celebrado el matrimonio. Estando en la actualidad el Derecho de Vizcaya perfectamente engarzado con el Código Civil por obra de la Compilación (art. 41), la inmutabilidad de las capitulaciones impone la de los poderes testatorios en ellas otorgados.

Sin embargo, aun en este caso hay motivos de duda, pues puede entenderse que el poder otorgado en capitulaciones no tiene relación con el régimen conyugal.

Poderes otorgados en el extranjero.

Tratándose de una cuestión de estatuto personal no ofrece duda la posibilidad de otorgar poder testitorio un vizcaíno en cualquier país en que se halle y la validez de sus disposiciones en cualquier caso.

Ni el art. 733 del C. C. ni el criterio general de invalidez de los poderes testatorios otorgados en el extranjero afecta al testamento otorgado por un vizcaíno, ya que tales preceptos no tienen aplicación a quien se sujete a la Compilación foral.

Lo único que es preciso es que exista la posibilidad material de otorgar esta clase de testamento, pues puede ocurrir que los funcionarios extranjeros, desconociendo la institución, no se avengan a autorizar el testamento en la forma foral. En tal caso debiera admitirse la posibilidad del poder otorgado en testamento ológrafo, pero como lo prohíbe el art. 16 de la Compilación, la única posibilidad de otorgarlo en un país en que se den estas circunstancias será la de acudir a las autoridades consulares españolas, que están obligadas a autorizar el testamento conforme a la ley de la vecindad del otorgante.

Por otra parte, hay que entender que el testamento por comisario es eficaz en cualquier lugar y respecto de toda clase de bienes, incluso los situados en el extranjero. Pero también esta conclusión, clarísima en nuestro Derecho positivo, puede ponerse en entredicho en aquellos países que someten las sucesiones a la ley de situación de los bienes (Hispanoamérica, países anglosajones, etc.).

B) Capacidad para testar.

La Compilación no se ocupa de este problema, pero, conforme al art. 15, que se refiere al “testador” sin discriminaciones, a todo testador, hay que entender que cualquier persona que tenga la capacidad general para testar, siendo vizcaíno aforado, puede otorgar poder testatorio.

Tampoco se regula en las leyes forales la capacidad general para testar, por lo que es aplicable el Código Civil, según lo ordenado en la disposición final segunda de la Compilación.

II. *El comisario*

1. Despues de ver quién puede otorgar poder para testar, debemos preguntarnos quién puede ser nombrado comisario.

Ante todo, hemos de averiguar si el testamento por comisario está reservado a los cónyuges o puede elegirse también a otro pariente o a un extraño.

Como vimos más arriba, varias leyes forales (art. 115 de la Compilación catalana, art. 110 de la de Aragón, art. 77 de la balear) reservan el nombramiento de comisario únicamente a los cónyuges.

Ciertamente que en otras disposiciones forales se amplía el campo, admitiendo los poderes testatorios a favor de otras personas, pero siempre con alguna limitación; así, en el art. 116 de la Compilación catalana puede designarse a los dos parientes más próximos; en Aragón, dos o más parientes, sin excluir nunca al cónyuge (art. 114); en Baleares, a persona instituida en todo o parte de los bienes de la herencia (art. 18).

Pero en Vizcaya no hay limitación alguna en los textos legales. El Fuero Viejo decía que los testadores “dan poder a otros sus parientes e amigos, e los maridos a las mujeres, e las mujeres a los maridos” (ley 127).

Y en los mismos términos se expresa el Fuero Nuevo en la ley 3.^a del título XXI.

No hay, pues, limitación legal en los textos tradicionales. Cualquiera puede ser designado comisario, pariente o amigo, sin limitación, e incluso puede nombrarse a varios, porque el Fuero Nuevo habla de comisarios, en plural.

La costumbre, no obstante, es nombrar comisario al cónyuge. “El designar comisario a quien no sea el cónyuge se apartaría de la práctica común que tradicionalmente viene observándose”, dice Astorqui (12). También decía Jado que “lo común es que el poder testatario se lo concedan mutuamente marido y mujer” (13).

Y hasta tal punto es esto cierto que los tratadistas forales no prestan atención alguna a los poderes en favor de extraños, y bien podemos calificar estos poderes como muy poco usuales.

(12) *L. c.*, pág. 97.

(13) *L. c.*, pág. 277.

Pero el proyecto de Apéndice de 1900 reguló ampliamente los poderes testatorios a favor de extraños (arts. 25 a 38), y lo mismo hizo el proyecto del Colegio de Abogados de Bilbao.

No debe por ello extrañar que la Compilación admita asimismo los poderes testatorios en favor de cualquier persona. Dice el art. 15:

“El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de heredero, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos.”

Cualquier persona, cónyuge, pariente o extraño, puede ser designada en el poder, y no se tiene en cuenta en principio la situación especial en que la costumbre colocaba al cónyuge comisario como usufructuario poderoso, universal. No obstante, se hace una referencia a esta situación en el art. 48, en que se establece que mientras no se haga uso del poder “el cónyuge viudo será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal”.

La crítica de la Compilación en estos preceptos tiene que ser desfavorable. Están inspirados en un estricto legalismo que desconoce el auténtico Derecho foral, conservado en las vivencias del pueblo, introduciendo la figura del comisario no consorte, algo extraña al Derecho realmente vivido en Vizcaya.

2. Capacidad.—No hay precepto alguno en la Compilación referente a la capacidad para ser comisario. En el Derecho tradicional, limitados los poderes a los cónyuges, esta cuestión no podía plantearse.

A falta de textos legales hay que acudir a principios generales. Desde un punto de vista racional, quien tenga las dotes naturales necesarias para ejercitar esta función puede ser elegido comisario, pero no quien, por razón de enfermedad, menor edad o defecto físico, no pueda gobernarse a sí mismo.

Estamos ante una institución de gran paralelismo con la representación y pueden ser aplicadas las mismas normas que rigen la capacidad del representante. Si acudimos al art. 1.716 del Código hay que admitir que pueden ser comisarios el menor emancipado y la mujer casada con autorización de su marido.

Pero tratándose de una representación que ha de ser eficaz después de la muerte del representado, la institución más similar en el Código Civil es el albaceazgo, y creemos que puede ser perfectamente aplicable el art. 893.

En consecuencia, el comisario debe tener capacidad para obligarse. “No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse” (art. 893).

“La mujer casada podrá serlo con licencia de su marido, que no será necesaria cuando esté separada legalmente de él. El menor no podrá serlo ni aun con la autorización del padre o tutor” (art. 893).

No podrán ser comisarios los sordomudos que no sepan leer y escribir, ni los locos y dementes.

Puede preguntarse si pueden ser comisarios las personas jurídicas.

Parece que en Derecho alemán se admite la posibilidad de que lo sean, y si tomamos a la letra el texto de nuestra Compilación hay que reconocer que expresamente no se les excluye.

No obstante, el cargo de comisario está concebido sobre la base de una relación de confianza e intimidad que sólo puede darse entre personas naturales. La Compilación no se preocupa del problema, ni siquiera se lo plantea, porque está totalmente fuera de la mente de sus redactores. Pero el art. 18 habla de los comisarios "supervivientes", y la supervivencia en sentido literal sólo puede predicarse de las personas físicas, y el art. 20 autoriza a hacer uso del poder por testamento, instrumento jurídico que está reservado a las personas naturales.

Pero parece perfectamente posible que pueda nombrarse albacea a quien ostente un cargo (presidente, director, etc.), en una persona jurídica en el momento de la muerte del comitente.

3. Acerca del momento en que debe el comisario ser capaz es claro, como dice Astorqui, que hay que atenerse al momento en que se hace uso del poder, no al tiempo en que se otorga el poder testatorio. "Nos parece (13 bis) que el comisario ha de tener la capacidad necesaria para contratar y obligarse, pero no referida al tiempo en que se otorga el poder testatorio, sino al momento en que se hace uso de tal poder, pues no se trata de que el comisario manifieste su propia voluntad mortis causa, sino de que realice un acto jurídico en nombre y representación del comitente."

Siguiendo este criterio podrá designarse comisario al menor de edad, siempre que al tiempo de hacer uso del poder haya llegado a la mayoría.

Pero creemos que hay un tercer momento a considerar. El comisario ha de ser capaz en el momento de la muerte del causante, pues no puede dejarse la sucesión pendiente de la incertidumbre sobre la capacidad del comisario.

4. ¿Puede un heredero ser designado comisario?—Tampoco se ocupa la Compilación de esta cuestión, por lo que, a falta de prohibición, hay que entender que es posible nombrar comisario al heredero; pero esto es romper con la estructura normal de la sucesión en el régimen foral. ¿Qué razón de ser tiene el heredero con facultad de elegirse a sí mismo sucesor universal y excluir a los demás, y qué garantías nos da de responder a la confianza que en él depositó el testador?

Sólo en el caso del cónyuge es admisible el comisario-heredero, aunque tampoco es normal que el cónyuge herede, sino que se limita a tomar su parte en los bienes comunicados y disponer de los del premuerto en favor de los hijos comunes.

No admitimos por ello el testamento a favor de un pariente legítimo que esté llamado a la herencia o que deba ser excluido mediante apartamiento foral. Como argumento legal en favor de esta conclusión

podemos pensar en la naturaleza esencialmente gratuita del cargo de comisario, conforme al art. 18 de la Compilación.

5. También admite la Compilación la posibilidad de nombrar comisario a un extraño viviendo el cónyuge. Esto es ciertamente contrario a la finalidad que se asigna a los poderes de reforzar la autoridad del viudo y su posición en la familia. Pero la Compilación no admite dudas en este punto, ya que del art. 48 claramente resulta que junto al cónyuge viudo puede existir un comisario extraño.

6. Vecindad del comisario.—En el testamento entre cónyuges no hay cuestión acerca de la vecindad, ya que marido y mujer tienen la misma, conforme al art. 15 del Código Civil.

Pero, en cualquier caso, la vecindad del comisario no debe influir en la validez del poder, pues no se trata de que el comisario haga su propio testamento o disponga de sus bienes, sino únicamente que actúe como delegado y representante del fallecido. La vecindad es indiferente, pudiendo ser designado tanto un vizcaíno no aforado como un vecino de otra región o incluso un extranjero.

7. ¿Puede ser comisario el notario que autorice el testamento o el sacerdote que asiste al testador en su última enfermedad? Suscitan la duda las prohibiciones establecidas por los arts. 752 y 754 del Código Civil en cuanto a los actos de disposición a favor de estas personas.

Pero estas prohibiciones deben interpretarse en forma restrictiva (sent. de 6 de abril de 1954), y el T. S. ha declarado que con esta prohibición no se comprende la designación del notario como albacea y contador partidor (sent. de 24 de mayo de 1954).

Si tenemos en cuenta que el cargo de comisario es esencialmente gratuito y el comisario no es heredero, no hay razón para que estas personas no puedan ser designadas.

Nombramiento de varios comisarios.

Recordemos la costumbre recogida en la Compilación catalana de designar comisarios en la comarca de Pallars Sobirá a los dos parientes más próximos, y en Navarra a los parientes mayores. El texto de la ley 3.^a del título XXI del Fuenro de Vizcaya admite también el nombramiento de varios comisarios.

Sin embargo, la costumbre vizcaína no conoce semejante forma de institución, ya que, como hemos indicado más arriba, lo habitual es designar al cónyuge con plenitud de facultades.

La Compilación, atenta al tenor literal de las leyes forales, admite que el testador pueda nombrar "uno o varios comisarios" (art. 15).

Siendo varios los comisarios, en el texto del Fuenro se les asignaban facultades solidarias ("que en cualesquier que vivos quedaren, quede la dicha facultad insolidum"). Pero los tratadistas forales se han inclinado a la mancomunidad por aplicación de la ley 38 de Toro.

El proyecto de Apéndice de 1900 establecía ya la mancomunidad, siempre que el testador no dispusiera otra cosa (art. 29).

Y éste mismo es el criterio de la Compilación:

“Los comisarios desempeñarán sus funciones mancomunadamente, salvo que del tenor del testamento resulte otra cosa. Los acuerdos se tomarán por mayoría entre los comisarios supervivientes, y en caso de empate decidirá el nombrado en primer lugar. Las facultades exclusivas de alguno de los comisarios se extinguirán a su fallecimiento” (art. 18).

Los acuerdos se toman en forma mancomunada y por mayoría. El proyecto de 1900 estableció ya que los empates se decidieran por el voto del comisario designado en primer lugar, y ésta es la idea que ha prevalecido en la Compilación.

Pero habrá que respetar la voluntad del testador si ha reservado a alguno de los comisarios facultades especiales o exclusivas. Estas facultades pueden ser de todo tipo: designar sucesor en bienes determinados, elegir los herederos, administrar, etc.; es decir, todo cuanto podía haber hecho el mismo testador.

Las facultades especiales de alguno de los comisarios se extinguirán a su fallecimiento, pero ¿pasarán a los demás comisarios? La respuesta de la Compilación parece ser la negativa, pues lo que se extingue no es el poder, que era lógico concluyera con la muerte, sino las mismas facultades otorgadas en forma exclusiva. Esta solución es congruente con el carácter personalísimo e intransferible de la condición de comisario, pero en algún caso, como cuando las facultades se refieren a disponer de determinados bienes, obligará a abrir la sucesión intestada respecto a dichos bienes.

En todo caso, el testador puede establecer la solidaridad y, como dice Astorqui (14), no hay inconveniente para admitir que pueda ordenar que desempeñen sus funciones en forma sucesiva, esto es, que el testador puede nombrar comisarios sustitutos, como se permite para los albaceas en el Código Civil (art. 894).

Carácteres del cargo.

Podemos decir, siguiendo a Astorqui (15), que las notas que distinguen el comisiariado son las siguientes:

1.º Es un cargo personal, y diríamos mejor personalísimo, siendo las facultades intransferibles (art. 18), por lo que no se puede delegar en todo o en parte en un tercero las atribuciones recibidas.

“Los comisarios no podrán transmitir sus facultades a otro ni delegarlas”, decía el art. 30 del proyecto de Apéndice de 1900. Pero el art. 36 desvirtuaba algo este principio al establecer que el marido y la mujer que sean comisarios de su respectivo cónyuge podrán nombrar comisario con relación a los bienes del cónyuge premuerto de que no hubiese dispuesto el viudo.

Esta excepción sentada en el Apéndice en proyecto fue censurada por García Royo (16), porque con ella podría llegar a ser comisario-

(14) *L. c.*, pág. 98.

(15) *L. c.*, pág. 101.

(16) *L. c.*, pág. 298.

del cónyuge fallecido el que se case en segundas nupcias con el cónyuge viudo. Por esta razón, la Compilación ha prescindido de la excepción y el cargo de comisario resulta siempre indelegable, incluso cuando se trate del cónyuge viudo. La necesidad a que atiende una delegación de facultades puede suplirse con el nombramiento de comisarios sustitutos.

2.^º El cargo de comisario es gratuito en todo caso (art. 18), lo que quiere decir esencialmente gratuito, sin que admita retribución, ni siquiera fijada en testamento. Pero es evidente, como muy bien dice Astorqui, que habrá de ser indemnizado de los daños y perjuicios que le cause el ejercicio de su cargo.

3.^º El cargo es voluntario, pudiendo ser repudiado, aunque expresamente no lo diga la Compilación.

FORMA DEL TESTAMENTO POR COMISARIO

A) *Forma del poder.*

Ni el Fuero Viejo ni el Fuero de 1526 son muy explícitos al referirse a la forma de los poderes testatorios. "Dan poder y comisión los testadores", pero no se dice ni dónde ni cómo lo dan.

Es evidente que el testamento es el vehículo natural para otorgar estos poderes, pero la falta de norma legal nos obliga a atender a los usos y costumbres que desde tiempo inmemorial han autorizado el otorgamiento de poder testitorio en capitulaciones matrimoniales. En cambio no se conoce el nombramiento de comisario en un acto inter vivos.

El proyecto de Apéndice foral autorizaba el otorgamiento en testamento y en capitulaciones matrimoniales (art. 26). No distinguía de especies de testamento, por lo que en cualquiera de ellos, abierto, cerrado u ológrafo, común o especial, podía designarse comisario.

Pero la Compilación muestra un criterio restrictivo, difícil de justificar al ordenar que "el nombramiento de comisario únicamente se podrá hacer en testamento ante notario" (art. 16).

Este criterio restrictivo forma parte de la especial inclinación de la legislación reciente hacia el formalismo, exigiendo la fehaciencia en las notificaciones, requerimientos, etc., de lo que es buena muestra la legislación arrendaticia. Acaso se piense garantizar así la seguridad jurídica, pero, en cambio, se desdeña el principio fundamental de la buena fe.

Además del testamento ante notario se admite el nombramiento de comisario en capitulaciones matrimoniales. El segundo párrafo del art. 16 dice que "los cónyuges podrán nombrarse recíprocamente comisario en la escritura de capitulaciones".

B) *Forma del acto de disposición del comisario.*

El Fuero no establecía la forma en que los comisarios habían de hacer uso del poder, pero la costumbre suplía el vacío legal introduciendo formas variadas; unas veces, la escritura de donación a favor

de un hijo al casarse o abandonar la casa paterna; otras, las capitulaciones matrimoniales de alguno de los hijos al que se elegía sucesor en la hacienda familiar, y con frecuencia, el testamento del propio comisario, que así disponía de sus propios bienes y los de su difunto consorte.

Esta amplia gama de modos de disponer fue recogida en el art. 35 del proyecto de Apéndice y ha pasado a la Compilación, que dice:

“El comisario podrá ejercitar su poder testatorio por acto “inter vivos” o por testamento otorgado a este solo efecto y en el que no disponga de sus propios bienes. Sin embargo, el cónyuge superviviente podrá, en su propio testamento, hacer uso, en todo o en parte, del poder testatorio que el premuerto le hubiere concedido, pero sólo respecto de los hijos o descendientes comunes de ambos cónyuges” (art. 20).

Como consecuencia, podrá hacerse uso del poder:

a) En acto inter vivos. La expresión es muy amplia, pero la propia Compilación nos obliga a limitarla, pues el art. 11 ordena que “la designación de sucesor en bienes, sean o no troncales, deberá hacerse por testamento, capitulaciones matrimoniales, escritura de dote o donación”.

Por ello, el acto inter vivos a que se refiere el art. 20 sólo cabe que sea:

1. Capitulaciones matrimoniales de alguno de los herederos, acto en el que intervendrá el comisario (normalmente el padre o la madre) para instituirle heredero o designarle sucesor.

2. La escritura de dote, que normalmente se otorga en un supuesto similar.

3. La donación, en la que podrá hacerse disposición total o parcial de los bienes del difunto.

Como la Compilación no parece exigir escritura de donación y el Código sólo la exige cuando se dispone de bienes inmuebles (art. 633), habrá que admitir la posibilidad de la donación verbal con entrega de la cosa o por escrito simplemente privado cuando se trate de muebles (art. 632). El supuesto es extraño, pero cabe en la concepción legal.

b) Por testamento otorgado al solo efecto de usar del poder testatorio y en el que el comisario no disponga de sus propios bienes.

c) Por testamento en que disponga de sus propios bienes, cuando el comisario sea el cónyuge superviviente y haga uso del poder testatorio, en todo o en parte, respecto de los hijos y descendientes comunes.

El número de actos de disposición.—Censuraba Balparda la facultad del comisario de usar de su poder en varios actos, porque esto es concederle más derechos que al testador mismo. Pero con el mismo argumento replicaba Jado que al permitir el uso del poder testatorio en uno o varios actos, a medida que los presuntos herederos se vayan

casando o adquieran la mayor edad o cuando lo tuvieran por conveniente, no se hace otra cosa que permitir al comisario lo que es permitido al poderdante (17).

Parece que el uso de los poderes en varios actos era una costumbre foral de frecuente aplicación. El Apéndice de 1900 la recogió ampliamente, pero la Compilación la ha restringido mucho:

“El comisario formalizará su encargo en un solo acto si los herederos fueren mayores de edad; mas si alguno o todos ellos no lo fueren, podrá hacerlo en uno o varios otorgamientos, a medida que aquéllos contraigan matrimonio o alcancen la mayoría de edad” (art. 19).

Si los herederos son mayores, el poder ha de usarse en un solo acto. Si no lo son, se autorizan varios otorgamientos, pero en forma escalonada, “a medida que contraigan matrimonio o alcancen la mayoría de edad”.

El texto legal subordina el número de otorgamientos al número de hijos o herederos, y además cada nuevo otorgamiento ha de acomodarse a la mayor edad o matrimonio de uno de los hijos, lo que hace la regla enormemente restrictiva y capaz de suscitar serios problemas en la práctica.

No es obligado que los varios otorgamientos se realicen en instrumentos similares; cabe que uno vaya en un testamento, otro en capitulaciones, etc.

Se nos suscitan varias cuestiones prácticas:

1.^a ¿Qué ocurrirá si el comisario, siendo todos los herederos mayores de edad, hace uso del poder disponiendo sólo parcialmente de los bienes y reservándose hacerlo por el resto en acto posterior?

La ley prohíbe hacer dos otorgamientos, por lo que un acto de esta naturaleza no se acomoda a derecho. La solución pudiera ser declarar nulo el acto y reservar el derecho del comisario para un momento posterior.

Pero pensamos que en realidad el comisario ha hecho ya uso del poder con carácter irrevocable (art. 19), y el acto de disposición deber ser válido mientras no haya una declaración legal en contrario. Este primero y único otorgamiento será válido y con él se cierran las posibilidades de actuación del comisario. En cuanto a los bienes de que no dispuso, será preciso abrir la sucesión intestada.

2.^a ¿Y si el comisario otorga dos actos de disposición?

Según lo expuesto antes, nos inclinamos a creer que el primero es el único válido, aunque el segundo disponga de bienes no incluidos en el anterior, o el segundo sea un acto más completo y meditado.

Nos inclina a pensar así el art. 19 de la Compilación, según el cual “las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatario serán irrevocables”.

3.^a La cuestión se complica si después de hacer uso del poder aparecen bienes no incluidos en el acto de disposición y no existe heredero universal.

¿Se abrirá la sucesión intestada o se autorizará al comisario un nuevo acto de disposición? Esta última parece la solución razonable, aunque el texto terminante del art. 19 puede plantear dificultades. Pero si penetramos en la "ratio iuris" del precepto, que únicamente se propuso que el comisario no reserve su decisión y que disponga de los bienes sin reservarse facultad alguna, podemos pensar que en este supuesto no ha habido ningún ánimo de mantener derechos en reserva, ni de defraudar la ley, por lo que debe reconocerse al comisario la facultad de otorgar un nuevo acto de disposición. De lo contrario se frustraría la voluntad del testador.

4.^a Siendo menores los herederos, ¿será nulo el uso del poder en dos o más actos si no media el matrimonio o la mayor edad de alguno de los hijos?

La redacción legal no ayuda a aclarar este problema. Nos inclinamos por admitir que pueda usarse el poder instituyendo en un acto distinto a cada uno de los hijos, siempre que al menos uno de ellos sea menor de edad.

Naturaleza del acto de disposición.

Debemos preguntarnos si el hecho de usar el poder testatorio en donación, capitulaciones o testamento hace al acto participar de la naturaleza de dichos negocios jurídicos, no solamente en el aspecto formal, sino en cuanto a sus efectos. Hay que precisar si se trata de un acto inter vivos o mortis causa, unilateral o bilateral, etc. Y la cuestión no es meramente bizantina, pues de que se adopte una u otra solución dependerá que se exija o no la aceptación, que el acto sea o no revocable, e incluso que produzca unos u otros efectos.

Siempre hemos creído que es una técnica errada la de encasillar las instituciones en tipos abstractos que son creación de la jurisprudencia de conceptos, porque lo cierto es que en cada caso podemos encontrarnos con peculiaridades que no se amolden a la clasificación elegida.

De aquí que entendamos en este caso, como en otros muchos, que el acto de disposición realizado por el comisario tiene una especial naturaleza y no se asimila a ninguna de las categorías técnicas establecidas de ordinario. Mejor que tratar de definir el acto por asimilación a una figura conocida, nos parece preferible tratar de precisar las características especiales del acto que estudiamos:

a) ¿Es unilateral o bilateral? En general se entiende que el testamento es un acto unilateral, una declaración de voluntad no receptiva, y por ello no exige el concurso de la aceptación para tener validez. En cambio, la donación, las capitulaciones, son actos bilaterales que exigen consentimiento, es decir, aceptación y conformidad de las partes.

Podría entenderse que si el comisario hace uso del poder en dona-

ción el acto es bilateral y, en consecuencia, no producirá efectos en tanto no medie la aceptación del heredero o legatario, mientras que es unilateral en el caso contrario.

La cuestión se planteó en la resolución de 1 de julio de 1920, en la que la Dirección General examinó una escritura otorgada por una viuda comisaria en donación a favor de su hijo de diez años, que comparecía aceptándola. La resolución declara que la escritura de donación en cuestión es un acto de disposición de cosa ajena, pero que la otorgante no reviste el carácter de donante, y "que por ser de naturaleza unilateral el acto en cuya virtud el comisario manifiesta la voluntad delegada del causante, no se rige por las reglas particulares de los contratos ni requiere la conformidad de la otra parte contratante, bastándole el natural complemento de la aceptación general de la herencia, que puede ser anterior, simultánea o posterior al acto o a la inscripción particional, y siempre independiente de ambos en cuanto a su forma jurídica".

La doctrina de esta resolución nos parece perfectamente válida después de la Compilación. Decía Lezón que cuando se otorga donación "no se trata de un otorgamiento unilateral" (18), y probablemente tiene razón; pero en cuanto al hecho concreto de si necesita la aceptación, la solución más razonable es la de que es innecesaria.

b) Irrevocable.—La donación, por su naturaleza, es irrevocable, mientras el testamento es revocable. Incluso la donación, si, como dice la resolución que antes hemos citado, es un acto unilateral, podría plantearnos la cuestión de si se trata también de un acto revocable.

No parece que haya existido una costumbre favorable a la revocación. La ley 35 de Toro la prohibía y el art. 34 del primer proyecto de Apéndice foral también.

Teóricamente habría que establecer qui si el poder testatorio se usa en donación es irrevocable, mientras en testamento será siempre revocable.

Lezón (19) citaba las opiniones de los autores catalanes y mallorquines que defendían la revocabilidad. En la actualidad el art. 19 de la Compilación de Baleares dice que "la atribución o distribución hecha por el distribuidor será revocable si se hace en acto de última voluntad y no lo será si se realiza entre vivos".

En cambio, en la Compilación catalana los actos de disposición son siempre irrevocables (art. 116, regla 4.^a, y art. 178, regla 4.^a).

Pero el mismo Lezón sostenía que parece lo más probable en Vizcaya que el fiduciario no pueda revocar el testamento en ningún caso.

La Compilación vigente resuelve el problema, con buen criterio a nuestro juicio, en el párrafo tercero del art. 19, ordenando que las disposiciones otorgadas por el comisario en uso del poder testatorio serán irrevocables.

(18) MANUEL R. LEZÓN: "Cuestiones que plantea el testamento por comisario en Vizcaya", en *Rev. Cr. D.^o Inmobiliario*, 1946, pág. 303.

(19) L. c., pág. 303.

En conclusión: el otorgamiento en donación o testamento es pura cuestión formal. El acto en sí mismo es siempre irrevocable.

c) Momento en que el acto produce sus efectos.—La donación es un acto inter vivos que produce efectos inmediatos. Previa aceptación de la herencia (no de la donación) el sucesor puede entrar en posesión de los bienes; el acto es inscribible y constituye un título válido de adquisición.

Pero el testamento es un acto mortis causa y no produce efectos en vida del otorgante. Por lo tanto, después de testar el comisario podría seguir en el uso de los bienes, incluso puede ocultar el testamento y los bienes continuarán sin partir. En este caso el heredero designado no disfrutará de los bienes hasta la muerte del comisario.

Esta situación es indefendible. El comisario aunque otorgue testamento no dispone de sus bienes, sino de los del causante; por ello se trata de un acto mortis causa, pero que debe producir efectos inmediatos, porque la muerte del testador se ha producido ya, y por lo tanto el heredero debe entrar inmediatamente en posesión de los bienes.

Pero esto plantea varios problemas:

1. Puede resultar difícil para el heredero conocer la existencia del testamento. Entendemos que debe registrarse en el Registro de Actos de Ultima Voluntad no a nombre del comisario, sino del causante, pero esto es difícil en el caso del cónyuge, que dispone de bienes propios. Además, como la Compilación no impone la forma notarial (que está aquí más justificada que en el otorgamiento del poder) podría hacerse uso del mismo en testamento ológrafo. En consecuencia, la consulta del Registro Central no descubrirá el testamento otorgado.

No obstante, entendemos que el comisario ha cumplido ya su encargo, y por ello ni se justifica ninguna retención de los bienes ni tiene derecho a ocultar su voluntad.

2. Tratándose del cónyuge, que puede otorgar testamento disponiendo de bienes propios y del premuerto, la cuestión se complica. ¿Ha querido la Compilación que este testamento solamente produzca efectos a la muerte del testador? Porque, de lo contrario, sería eficaz en parte inmediatamente y en parte tras la muerte, lo que no deja de ser sorprendente.

Pero el art. 48 de la Compilación declara que los bienes permanecerán en pro indiviso hasta que el comisario haga la designación de heredero, y no más. Por ello estimamos que, aunque el comisario sea el cónyuge, una vez otorgado testamento debe el heredero entrar en posesión de la herencia e incluso deberá el cónyuge-comisario permitir la apertura de su propio testamento en beneficio del heredero. Realmente sería necesario que la publicidad de este testamento en el Registro Central estuviera cuidadamente regulada.

CONTENIDO DEL PODER

La ley 3.^a del título XXI del Fuero de Vizcaya no es muy explícita en orden a las facultades que pueden delegarse en el comisario. Pero, en cambio, el Fuero Viejo, del que la citada ley no era sino una aclaración o continuación, establecía de forma amplísima las facultades del comisario, porque los poderes se dan “para dar e distribuir e partir entre sus herederos todos sus bienes... como quisieren e por bien tovieran...”, y ordena que lo hecho por los comisarios valga “ansí como si el testador mismo en su vida hobiere hecho e ordenado”.

Consecuente con este criterio dice la Compilación:

“El testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de heredero, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos” (art. 15).

Claro es que quien puede lo más puede lo menos, y el testador puede limitar las facultades del comisario:

“El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el otorgante en su testamento y, en su defecto, tendrá las facultades que al testador correspondan según los preceptos de esta ley.”

Si el poder no concreta las facultades, ha de entenderse que corresponden al comisario todas las que tenía el testador: distribuir los bienes, designar herederos y legatarios, ordenar sustituciones, etc.

En consecuencia, corresponde al comisario:

a) “La designación de heredero”, tanto en bienes troncales como no troncales, muebles o inmuebles. Podrá designar uno o varios herederos, simultánea o sucesivamente.

b) “La distribución de los bienes”, es decir, tanto puede el comisario instituir herederos universales como mandas o legados de cualquier especie sobre bienes concretos y determinados. La única limitación es que los bienes troncales deberá asignarlos a los herederos tronqueros y deberá respetar los derechos de los herederos legítimos. Los cuatro quintos de la herencia deberá distribuirlos entre herederos legítimos, conforme al art. 22 de la Compilación, pero con la libertad que concede al testador el art. 23.

c) Todas las demás facultades que correspondan al testador, que son variadísimas, pero por vía de enumeración señalaremos las siguientes:

1. Hacer apartamientos de herederos conforme al art. 23.
 2. Imponer gravámenes y sustituciones dentro de los límites del art. 27, o sin límites si no hay herederos legítimos.
 3. Hacer legados en favor del alma (art. 29), no excediendo del quinto.
 4. Hacer la partición (art. 1.057 del C. C.), etc.
- d) Podemos preguntarnos si corresponderán al comisario las facultades que reserva a los albaceas el art. 902 del C. C. Pero al llegar

a este punto se impone hacer una distinción entre el cónyuge y los demás comisarios:

Comisario-cónyuge.—El cónyuge nombrado comisario por el premuerto disfruta, no como comisario, sino por razón del régimen conyugal, de la representación y administración de todos los bienes mientras permanezcan indivisos (art. 48).

El cónyuge es el único representante de la herencia y a él le corresponde autorizar cualquier clase de actos en juicio y fuera de él. Como representante de la herencia está legitimado procesalmente para actuar en nombre de ella y podrá ejercitar toda clase de acciones. Asimismo podrá comparecer como demandado en representación de la herencia y las acciones habrán de dirigirse contra él y no contra los herederos presuntos. Ninguno de éstos, cuyo derecho se concretará cuando el viudo use del poder, tiene facultades para actuar en nombre de la herencia, ni siquiera en beneficio de la comunidad, porque el único representante de ella es el viudo.

Desde luego, no puede enajenar los bienes a título oneroso; pero en las ventas forzosas, por ejemplo en caso de expropiación, será quien pueda otorgar escrituras y defender los derechos de la herencia, si bien las indemnizaciones sustituirán a los bienes expropiados por subrogación real.

Tiene además facultades de administración, por lo que, como administrador y representante, es el único que puede ejercitar las facultades que el Código Civil señala a los albaceas en el art. 902.

Estos derechos del cónyuge no pueden ser alterados en el testamento, porque forman parte del régimen conyugal. Ni siquiera podrá el testador nombrar albaceas que asuman estas facultades que la ley reserva al viudo.

Comisario no cónyuge.—Si se trata de comisarios extraños habrá que tener en cuenta si vive o no el cónyuge del premuerto.

En vida del cónyuge, los comisarios no tienen facultades de representación ni administración, porque la Compilación se las atribuye con carácter exclusivo al viudo y forman parte del régimen conyugal.

Si el testador muere en estado de soltero o viudo la cuestión se hace más dudosa. La Compilación no asigna expresamente a los comisarios las facultades propias de los albaceas, ni siquiera la representación de la herencia. Es evidente que el testador puede asignárselas en el testamento, pero si no lo hace expresamente dudamos mucho que puedan desempeñar tales funciones. El art. 17 les concede las facultades que “al testador correspondan”; pero el testador no puede tener su administración y representación “post morten”.

TIEMPO EN QUE HA DE USARSE DEL PODER

Llegamos a uno de los más arduos problemas que el testamento por comisario plantea en Vizcaya, el que ha dado lugar a más pleitos y que aun después de la Compilación sigue planteando cuestiones de difícil solución.

Se trata de fijar el período de tiempo dentro del cual el comisario puede hacer uso del poder.

El Fuero Viejo no señalaba plazo alguno, limitándose a declarar que valga lo que el comisario haga como si el testador mismo lo hubiere hecho.

La ley 3.^a del título XXI del Fuero Nuevo, en cambio, limitaba claramente el plazo:

En caso de que los herederos estén en edad de poderse casar “tengan los tales comisarios término de año y día para hacer la tal institución o instituciones”

Pero si los hijos fueren de edad pupilar “los comisarios tengan término para instituir todo el tiempo que los tales hijos o sucesores fueren menores de edad”.

Si nos fijamos en otras legislaciones, constatamos que en Cataluña el art. 115 de la Compilación no fija término al cónyuge fiduciario, por lo que el plazo es ilimitado. En Aragón, del art. 118 se desprende que el cónyuge tampoco tiene plazo, y, en cambio, si se designa a otros parientes “cualquier persona con interés legítimo podrá pedir señalamiento (del plazo) al juez de Primera Instancia del lugar de apertura de la sucesión”.

La Compilación de Baleares (art. 18) tampoco fija plazo alguno. La Recopilación privada de Navarra, a la que más arriba nos hemos referido, tampoco señala plazo.

Vemos, pues, que la prórroga de los poderes testatorios, que tanto ha escandalizado a algunos, no es algo tan inusitado o anormal.

Entre los comentaristas del Fuero esta cuestión planteaba dos problemas: la fijación del día inicial del cómputo del plazo señalado en el Fuero y la posible prórroga del poder.

A) *Fijación del día inicial.*

“No hay unanimidad, dice Jado (20), acerca del día desde el cual ha de contarse el plazo. Para unos el año y día de que habla (el Fuero) comienza a correr desde el día en que los menores estén en edad de poder contraer matrimonio, doce o catorce años, según el sexo; para otros el poder subsiste por todo el tiempo que los sucesores fueren menores de edad, con más año y día.”

Desde luego, la ley foral incurre en contradicciones, porque en un lugar habla de “edad de poderse casar”, luego de “edad pupilar” y más adelante de “menores de edad”, expresiones que, como en otros muchos lugares, debían conducirnos a un menor respeto a los textos literales.

En el proyecto de Apéndice el art. 31 se refería simplemente a los menores de edad. Y la Compilación en el art. 19 dice que el plazo será de un año “desde la muerte del testador o, en su caso, desde que hubiera contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos”.

(20) L. c., pág. 270.

Tal como está redactada la Compilación puede ofrecerse la duda (que no suscitaba el Fuero) de si podrá el comisario usar del poder entre la fecha de la muerte del causante y la mayoría de edad de los hijos. Es indiscutible la contestación afirmativa.

B) Prórroga del poder.

El punto más debatido es el de si llegado el día puede el plazo legal ser prorrogado por voluntad del testador. El Fuero no lo prohíbe, pues la ley 3.^a del título XXI tiene carácter dispositivo y no imperativo.

La costumbre de prorrogar los poderes ha estado muy introducida en Vizcaya, según atestiguan todos los tratadistas, desde Hormaeche, Jado, Balparda, Solano a Lezón, Echegaray, Areitio, y posteriormente García Royo.

“Podemos concluir, decía Lezón (21), afirmando que aun en el caso de no hacer uso del poder testatorio dentro de los términos señalados en la ley escrita foral, el poder subsiste, máxime cuando expresamente se prorroga indefinidamente por el poderdante; prorrroga cuya validez se halla avalada y confirmada por una costumbre cada vez más vigorosa.”

La sentencia de 19 de septiembre de 1863 había establecido que las leyes de Toro permiten la prorrroga del poder testatorio.

Pero la costumbre foral fue combatida reiteradamente ante el Tribunal Supremo desde 1957, llegándose a declarar que “no puede legalmente el testador ampliar los plazos establecidos en la ley 3.^a del título XXI llegando a conceder al comisario todo el tiempo que tuviere por conveniente” (sent. de 30 de abril de 1957). “La expresión clara y terminante que se emplea en el Fuero, dice la sentencia de 17 de junio de 1957, excluye la idea de la prorrroga.” Y en términos similares se expresan las sentencias de 19 de mayo de 1960 y 29 de abril de 1964.

Conviene recordar los argumentos esgrimidos en estas sorprendentes decisiones:

I.^º La costumbre en Vizcaya, dice la sentencia de 19 de mayo de 1960, no tiene la prevalencia que en otras regiones forales y no podrá ser invocada como texto vivo en que puedan fundarse las resoluciones judiciales. La ley 3.^a del título XXI, añade, tiene un carácter imperativo.

En repetidas ocasiones hemos tratado de rebatir esta afirmación. La esencia del Derecho foral es consuetudinaria y así lo estiman con unanimidad los foralistas. La costumbre, decía Lezón (22), dentro de Vizcaya tiene una fuerza superior a la ley escrita, a la que se antepone.

(21) *L. c.*, pág. 305.

(22) MANUEL R. LEZÓN: “Cuestiones que plantea el testamento por comisario, regulado en el Fuero de Vizcaya”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1946, pág. 301.

El Derecho foral es consuetudinario y las leyes forales son simple recopilación de usos y costumbres.

2.^º En algunas sentencias se niega la prórroga del poder testatario por considerarla fundada en costumbre contra ley, "que sería preciso que hubiese sido reconocida e incorporada al Derecho foral antes de promulgarse el Código Civil" (sent. de 17 de junio de 1957). "Contra la ley no puede imperar cualquier Fuero anterior" y uso y costumbre que hasta aquí se hayan usado, guardado y acostumbrado, "siendo desde luego inadmisible la prórroga por tiempo indefinido dada al comisario en el poder testatorio" (sent. de 29 de abril de 1964).

3.^º Todo retraso en el percibo de la herencia impuesto por disposiciones legales ha de tener una interpretación restrictiva (sent. de 30 de abril de 1957). Y la sentencia de 17 de junio del mismo año se refiere al evidente quebranto que para los intereses de los herederos representaría una dilatada e indefinida prórroga en el ejercicio del poder.

Si entendemos que la finalidad de los poderes testatorios entre cónyuges es crear un poderoso derecho de viudedad, es claro que la prórroga no puede interpretarse como un simple retraso en la distribución de la herencia.

La doctrina anterior de los foralistas fue partidaria de la prórroga de los poderes testatorios, tan introducida en la costumbre.

Ya Vicario en 1901 consideraba la cláusula de prórroga del poder como normal y usual (23).

"En la tierra llana de Vizcaya, decía Jado (24), concurren circunstancias que aconsejan que el plazo sea prorrogable."

De la misma opinión son Solano, Echegaray y García Royo. Podemos aducir en favor de su tesis una serie de argumentos.

1.^º Pese a las afirmaciones jurisprudenciales, no hay razones para sostener que el Fuero prohibiera la prórroga del poder.

"El Fuero, según García Royo, no prohíbe la prórroga. Ni la prohibición encajaría en su sistemática, dada la finalidad que pretende: el juicio ponderativo, en el momento que se crea decisivo, de la mayor aptitud en la regencia doméstica del caserío, con la complejidad de la transmisión activa y pasiva, siendo muy secundario que la elección se haga dentro o fuera de plazo... La utilidad se amengua si se mantienen los plazos del Fuero escrito, si se tiene en cuenta que lo corriente es instituir sucesor en el caserío con ocasión del matrimonio, momento el más adecuado" (25).

En el Fuero Viejo no había limitación alguna de tiempo para el comisario. Por primera vez aparece el plazo en la ley 3.^a del título XXI del Fuero redactado en 1526, y muy bien puede tomarse esta norma como meramente interpretativa.

En el Derecho foral en general, y el de Vizcaya en particular, la

(23) NICOLÁS VICARIO Y DE LA PEÑA: *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, página 168.

(24) RODRIGO JADO VENTADES: *Derecho Civil de Vizcaya*, pág. 271.

(25) LUIS GARCÍA ROYO: *L. c.*, pág. 304.

libertad civil es la norma; la restricción, una excepción. "En virtud de la libertad civil, dice la ley 8 del proyecto de Compilación navarra..., las leyes se presumen dispositivas."

El Fuero de Vizcaya es de albedrío (ley 3.^a, título XXXVI), es un Fuero de libertad, de respeto total a las decisiones personales, y no "de sotileza e rigor de derecho". No existiendo una norma expresa de carácter prohibitivo, no hay razón para restringir el libre albedrío del testador.

Ni el Derecho aragonés, el navarro o el balear establecen un límite semejante. Ocurre en Vizcaya que al recurrir como medio de interpretación al Derecho de Castilla, y hoy al Código Civil, inspirado en principios muy distintos y aun opuestos, se llega a conclusiones incongruentes.

Es, al contrario, razonable sostener que la prórroga de los poderes testatorios no es una costumbre contra la ley.

2.^º Aunque lo fuera, esta costumbre constituye Derecho vivo que ha de ser aplicado. El Código Civil en su art. 12 respeta el régimen foral no sólo en cuanto al Derecho escrito, sino también al consuetudinario. Abandonar el Derecho existente y vivo para retornar a lo que se escribió en 1526 no es sólo una anomalía histórica, sino una burla al auténtico Derecho foral.

Hay que conceder, como dice Lezón (26), extraordinaria importancia a la realidad jurídica de este territorio, al Derecho vivo, aun cuando sea contrario al frío precepto legal.

3.^º La interpretación contraria desconoce una de las razones fundamentales que justifican entre nosotros el poder testitorio, la concesión al viudo de amplias facultades y de una situación segura y estable.

"La realidad, sigue diciendo Lezón (27), avalada por una costumbre constante y uniforme, hace del viudo comisario un usufructuario universal y vitalicio, amén de un titular de disposición, solamente condicionada o limitada ésta por la indisponibilidad a favor de extraños y la obligación de disponer de los bienes entre el grupo legitimario, si bien dentro de este grupo goce el comisario de la más amplia libertad de distribución. Técnicamente, por lo tanto, hay que ver en esta institución dos aspectos: en el aspecto interno, una relación de apoderamiento entre comitente y fiduciario; en el aspecto externo, una situación jurídica de titularidad de disposición condicionada, unida a un usufructo universal e ilimitado."

4.^º Por su parte afirma García Royo (28): "No sólo la prohibición sería ateólogica, sino inexplicable históricamente, porque la ley 3.^a del título XXI del Fuero de Vizcaya es una reproducción casi textual del Fuero Real (ley 7.^a, título 5.^º, libro 3.^º), después reformado por las leyes de Toro en sentido restrictivo para evitar fraudes y en-

(26) *L. c.*, pág. 301.

(27) *L. c.*, pág. 302.

(28) *L. c.*, II, pág. 304.

gaños; pero no en esta materia de prorrogabilidad admitida en la ley 33."

En realidad la prórroga del poder sólo se ha puesto en discusión en fechas recientes. Hasta 1957 no encontramos la primera sentencia contraria del Tribunal Supremo. Hasta entonces hay innumerables testamentos y escrituras en que se utiliza, siendo plenamente aceptada por los presuntos herederos.

No puede ocultarse, no obstante, que en vísperas de la Compilación era éste uno de los puntos polémicos entre los juristas forales. Muchas sucesiones en Vizcaya se hallaban pendientes de una posible impugnación tras las sentencias de 1957 y podía esperarse que la ley compilada resolviera la cuestión.

Los artículos 30 y 31 de los proyectos de Apéndice se limitaban a transcribir la ley foral que establecía el término de año y día, sin plantearse el problema de la prórroga.

Pero el texto definitivo de la Compilación quedó así:

Artículo 19, párrafo segundo: "El testador podrá señalar plazo al comisario para cumplir su encargo. Si no lo hubiera señalado, el plazo será de un año, contado desde la muerte del testador, o en su caso, desde que hubiera contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos."

De este precepto se deduce:

1.º Que el plazo de que el comisario dispone es el que le haya señalado el testador. Teóricamente se puede conceder un plazo por toda la vida del testador o por ochenta años, lo que en la práctica es un término ilimitado.

Pero el Tribunal Supremo nos pone en guardia contra esta forma de prorrogar el plazo cuando en la sentencia de 29 de abril de 1964 declara que "el señalamiento de plazo, según el art. 19, tiene que referirse a un término concretado en el tiempo; mas prorrogándose por todo el tiempo de vida del sobreviviente de los otorgantes, ello equivale a una inadmisible prórroga indefinida".

Esta sentencia nos obliga a pensar en un plazo limitado. Literalmente el precepto legal se refiere al plazo en términos genéricos y sin ninguna limitación, y cuando el Código Civil se refiere a los plazos (art. 1.125 y s.), e incluso en la institución de heredero, no impone ninguna limitación (art. 805).

Existe plazo aun en el caso de que se ignore cuándo ha de llegar, si necesariamente ha de venir (art. 1.125), lo que evidentemente sucede en el plazo que abarca toda la vida.

La sugerencia que hace el T. S. en esta sentencia incide en la idea de romper con el sistema tradicional, que se sirve del poder para reforzar la viudedad. Hay que tener en cuenta, no obstante, que se trata de una afirmación ocasional, hecha a mayor abundamiento, y que desde luego no constituye doctrina legal. Ello hace esperar una posible rectificación en resoluciones posteriores.

No obstante, se ha introducido una grave duda y una nueva cues-

tión capaz de engendrar polémicas y litigios. Si el plazo ha de limitarse, ¿cuál será el plazo admisible?

El considerando de la sentencia que comentamos repudia la prórroga por toda la vida, pero es evidente que si se ordena un plazo de sesenta u ochenta años el efecto es el mismo. ¿Dónde colocar el límite?

Por otra parte, si la prórroga excede el límite admisible, ¿cuál será su valor? Reducir su efecto al límite legal de año y día no parece muy justo ni de acuerdo con la voluntad del causante, que quiso conceder el máximo posible. Nos inclinamos a entender que el plazo (si se insiste en su limitación) quede ampliado al máximo admisible, que es lo más conforme con la voluntad del testador.

Y si hay que marcar plazos, deberán ser muy amplios, no inferiores a los treinta años que en el Código se señalan para la usucapición o prescripción extintiva de acciones reales sobre inmuebles.

2.^º No señalando plazo el testador, se entenderá que el comisario tiene un año para cumplir su encargo, "contado desde la muerte del testador, o en su caso, desde que hubiera contraído matrimonio o llegado a la mayoría de edad el más joven de los presuntos herederos".

Dados los términos imperativos del texto y los precedentes juríspudenciales, hay que entender que es éste un plazo de caducidad, que no puede interrumpirse ni suspenderse. Nada importa la fecha en que el comisario tenga noticia del testamento, ni siquiera en el caso de que no llegue a enterarse del mismo dentro del plazo legal, porque éste corre fatalmente y cuando concluye, el poder testitorio queda caducado.

En cuanto a la extensión del plazo, se pueden presentar dos situaciones:

a) Que todos los presuntos herederos sean mayores de edad. En este caso el término es de un año a partir de la fecha de la muerte del testador. El cómputo del año se hará excluyendo el día del fallecimiento, de acuerdo con lo que es norma general en la computación civil (art. 1.130 del C. C.).

b) En el caso de que alguno o algunos de los herederos sean menores de edad y solteros, el plazo es de un año a contar desde la fecha del matrimonio del último, si lo contrae en menor edad, o, en otro caso, desde el día en que llegaron a la mayor edad.

¿Qué herederos hay que considerar en relación con este plazo; es decir, quiénes habrán de ser mayores o menores de edad? No lo aclara la Compilación, pero dado su texto creemos que no son solamente los hijos, sino también los demás herederos forzosos, incluso los colaterales tronqueros conforme al Fuero.

Es ciertamente anómalo hacer una tal extensión de la ley foral, que literalmente se refiere a "hijos o descendientes o prohijos" (ley 3.^a, título XXI). Pero el art. 19 al referirse a los presuntos herederos nos obliga a pensar que cualquiera de los que deben ser designados o apartados con arreglo a ley, si permanece soltero y es menor, puede determinar la continuación del plazo.

Evidentemente hay que eliminar para el cómputo a los herederos puramente voluntarios o que sólo son llamados "ab intestato", pues lo contrario se aproximarán a dejar el plazo al arbitrio del comisario.

Fallecimiento de todos los herederos de un determinado grupo.

Si después de la muerte del causante fallecen todos los herederos de un orden, por ejemplo, los hijos, ¿cuál será la situación del comisario?

Supongamos que un testador deja al morir dos hijos y ambos fallecen antes de cumplir su encargo el comisario, quedando como presuntos herederos los colaterales. El supuesto nos plantea dos cuestiones:

1.^a ¿Tiene el comisario facultades para elegir heredero entre los colaterales?

2.^a ¿De qué plazo dispone?

La función del comisario extraño (no del cónyuge) es designar heredero al causante y ha de atender para ello al momento de su muerte, en el que por imperativo legal sólo los hijos son llamados a suceder.

Si se le permitiera elegir heredero entre los colaterales sería tanto como disponer de la sucesión de los hijos fallecidos, de quienes no es comisario. Hay que entender que el comisario no puede elegir a los colaterales ni tiene por qué ampliar los plazos en este supuesto excepcional.

Si el comisario es el cónyuge, la respuesta debe ser distinta, pues no es un simple delegado para testar, sino que su situación es la de un fiduciario que puede diferir la elección de heredero. Nos inclinamos a creer que el cónyuge podría elegir heredero entre los colaterales haciendo uso del poder testatorio. En el caso de que no estuviera prorrogado, el plazo sería de un año y debería jugar la menor edad de los colaterales, pues se trata de elegir heredero capaz, lo que no se podrá determinar hasta la mayor edad.

Caso de heredero único.

No habiendo sino un heredero, las facultades del comisario se limitan a elegir sucesor en cuanto a la parte de libre disposición, es decir, el quinto de la herencia (art. 21).

En cuanto a los bienes troncales, carece el comisario de facultades para cualquier designación, ya que todos han de reservarse al tronquero único (art. 28).

En este supuesto carece de todo sentido la prórroga legal del plazo, por lo que entendemos que necesariamente ha de contarse desde la muerte del testador, aunque el heredero sea menor y soltero.

El heredero único dispondrá de la acción de petición de herencia en todo momento y aun cuando no se haya hecho uso del poder testatorio. No tiene que esperar que el comisario le designe heredero, pues es la ley la que directamente le llama. Y no sólo podrá pedir la partición, sino solicitar la declaración de herederos, pues es innecesario esperar que un acto puramente formal del comisario confirme la designación que directamente hace la ley.

DERECHO INTERTEMPORAL

El uso del poder testatorio prorrogado, tan introducido en las costumbres, fue habitual hasta que, a partir de 1957, el Tribunal Supremo comenzó a sentar la doctrina contraria a su validez.

Publicada la Compilación podría entenderse que hay una interpretación auténtica del texto foral y lo hecho en virtud de poderes prorrogados es válido, rectificando la doctrina anterior del Supremo.

Pero la sentencia de 19 de mayo de 1960 y más tarde la de 29 de abril de 1964 eliminaron esta esperanza al establecer que la doctrina del texto compilado no desvirtúa la anteriormente sentada por la Sala, ya que carece de todo valor retroactivo. Con ello se confirmaba la tesis de Astorqui (29), para quien había que distinguir dos supuestos:

1.º Si el comitente falleció antes de las cero horas del día 21 de agosto de 1959, hay que aplicar el plazo de un año y día, sin posibles prórrogas, aunque el poder se use con posterioridad a esa fecha.

2.º Si falleció después de las veinticuatro horas del día 20 de agosto de 1959, habrá de estarse al plazo que el testador señale al comisario, aun cuando el testamento fuera otorgado antes de dicha fecha. Además hay que tener en cuenta la doctrina de la sentencia de 29 de abril de 1964, contraria a la prórroga indefinida.

Como efecto de estas conclusiones hay en Vizcaya centenares de particiones de bienes hechas por comisarios hace muchos años que se encuentran en una total inseguridad, pues en cualquier momento podría pedirse la nulidad.

Frente a la posible acción de nulidad apenas cabe otra defensa que la alegación de la usucapión, es decir, la prueba de la posesión durante el tiempo exigido para la prescripción adquisitiva.

A efectos de esta usucapión se plantean varias cuestiones:

1.º ¿Cuál es el momento inicial de la posesión? Según el art. 440 del C. C., "la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue aadirse la herencia". Podría entenderse que el designado por el comisario se beneficia de esta posesión civilísima, de este efecto retroactivo de su adquisición. Pero tal interpretación es ampliamente refutada.

La posesión civilísima del heredero no le permite, dice Espín Cánovas, adquirir el dominio por usucapión de los bienes hereditarios si no tenía la posesión efectiva de los mismos, por lo que cuando el heredero aparente es vencido por el verdadero heredero, no puede alegar en su favor la usucapión de los bienes hereditarios sobre la base de la posesión civilísima, que mientras no sucumbió a la "petitio hereditatis" del verdadero heredero le correspondiese. Aun sin entrar en otras interesantes cuestiones en tema de petición de herencia, es interesante resaltar que, según la jurisprudencia, la posesión civilísima no es apta

(29) *L. c.*, pág. 104.

para la usucapión, ya que para este efecto se requiere una posesión real y efectiva, corporal (S. de 12 de abril de 1951) (30).

2.^a La designación hecha por el comisario, ¿es justo título para la usucapión? Si lo es, el heredero designado puede beneficiarse de los plazos de la usucapión corta, esto es, la de diez años respecto a inmuebles y tres en muebles (arts. 1.940, 1.955 y 1.957 del C. C.), siempre que tenga buena fe. En otro caso, los plazos son los extraordinarios de treinta años para inmuebles y seis para muebles.

El problema está en determinar si el título reúne las condiciones establecidas en los arts. 1.952 y 1.953 del C. C., especialmente si es un título verdadero y válido.

Se trata de un título putativo, esto es, tenido por válido sin serlo. Precisamente el caso del heredero aparente que descubre luego la falsedad o la revocación del testamento es el ejemplo más citado de título putativo. Para Puig Brutau (31) es discutible que este título no pueda servir para que la usucapión se produzca con plena eficacia.

También Castán, citando a Planiol y Ripert, pone en duda la insuficiencia del título putativo (32).

Estas vacilaciones doctrinales muestran que es difícil establecer conclusiones tajantes. Las ideas demasiado generales son siempre arbitrarias. Es preciso examinar y penetrar en las circunstancias de cada caso.

Como dice la sent. de 3 de febrero de 1961, la usucapión está concebida para subsanar el defecto o vicio que afecte a la facultad de disponer del transmitente; y esto supuesto, nada parece más natural que estimar título justo la transmisión operada por un comisario respecto del cual sólo años después de la transmisión se introduce la duda de si obró o no dentro de plazo.

En todo caso hay que considerar si la transmisión fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Porque "a los efectos de la prescripción adquisitiva a favor del titular inscrito será justo título la inscripción" (art. 35 de la L. H.), y esta norma constituye una especie de presunción "juris et de jure", que no admite prueba en contrario.

Si hay inscripción, dice Bonet (33), existe justo título, no es que se presume "juris tantum" su existencia, sino que la inscripción opera mientras subsista.

El art. 35 de la L. H., dice Castán, deroga la regla del art. 1.954 del Código Civil de que el justo título no se presume y ha de ser probado (34).

(30) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español*, pág. 75.

(31) JOSÉ PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, III, pág. 206, nota.

(32) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español común y foral*, tomo II, volumen I, 10.^a edición, pág. 273, nota.

(33) FRANCISCO BONET RAMÓN: *Código Civil comentado*, pág. 1556.

(34) L. c., pág. 282.

Y para Roca Sastre la inscripción equivale a justo título, y, por tanto, si hay inscripción existe justo título (35).

“La inscripción exime de la prueba de la existencia del justo título e incluso equivale al mismo”, según Espín (36).

En conclusión, hay que considerar que la inscripción del testamento otorgado por el comisario es un justo título para la usucapación, y si los plazos de la prescripción ordinaria transcurren durante su vigencia, la usucapación se consuma.

ACEPTACIÓN DEL PODER TESTATORIO

¿Es el comisariado un cargo voluntario o forzoso? Aunque razones de índole social pueden apoyar su obligatoriedad, el sentido liberal de nuestra legislación nos inclina a estimar que se trata de un cargo voluntario.

El comisario designado podrá aceptar o repudiar el poder. La aceptación, dice Astorqui, puede ser expresa o tácita. Y si se inclina por extender las normas que da en el art. 898 el Código Civil con ocasión del albaceazgo y considerar aceptado el cargo “si el designado no se excusa dentro de los seis días siguientes a aquél en que tenga noticia de su nombramiento, o si éste le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes al en que supo el fallecimiento del comitente” (37).

SITUACIÓN DE LOS BIENES RELICTOS

Puede decirse que aquí se plantea el problema crucial de los poderes testatorios. No es sólo una cuestión técnica, sino también sociológica y filosófico-jurídica que exige precisar la naturaleza exacta de la institución. Si el comisario no es sino un delegado para testar, es claro que ha de someterse a la formación de inventario y que de algún modo ha de proveerse a la administración de los bienes. Pero si es algo más, porque entendemos que ha sido elegido para que disfrute de todos los bienes como usufructuario poderoso, con facultades de disposición, no tendrá que hacer relación de bienes ni rendir cuentas y será, mientras viva, el titular y pleno señor de todo el caudal.

Esta parece la solución más acorde con la tradición cuando hay poderes prorrogados.

“Ciertamente, dice Lezón (38), el comisario foral es un representante del poderdante, es su “alter ego”; pero también es algo más. Una ojeada por el derecho foral de otras regiones nos convencerá de esto. En Cataluña es costumbre muy frecuente que el marido instituya heredera vitalicia a su mujer... confiándole la facultad de distribuir los bienes entre los hijos de ambos y para que entre ellos nombre

(35) RAMÓN M.^a ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 5.^a edición, tomo I, página 649.

(36) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Derecho Civil español*, tomo II, pág. 164.

(37) L. c., pág. 101.

(38) L. c., págs. 299 a 302.

heredero al que tuviere por conveniente. Se trata de una costumbre "contra legem"; sin embargo, la jurisprudencia ha sancionado esta costumbre (sents. de 12 de diciembre de 1862 y 22 de octubre de 1864). Si de Cataluña pasamos a Mallorca, nos encontramos en esta región con otra institución parecida a la catalana: el heredero distributario... Por último, en Aragón, además del testamento por fiduciario, admitido por el Apéndice, existe en la provincia de Huesca, según testimonios de Costa y otros tratadistas, la costumbre de encargar en capitulaciones matrimoniales el otorgamiento del testamento del cónyuge premuerto al cónyuge sobreviviente y los parientes más cercanos. Como vemos, el testamento vizcaíno guarda gran semejanza con las instituciones citadas..."

"Después de lo dicho podemos concluir, añade Lezón, sentando la afirmación de que el poder testitorio vizcaíno, tal como se concibe y aplica en la práctica, consagrada por costumbre inmemorial y arraigadísima, se aparta notablemente de la ley escrita del Fueno, reproducción casi textual del Fueno Real, después reformado por las leyes de Toro en sentido restrictivo. En cambio, su similitud con las otras instituciones regionales es muy grande. La población rural de Vizcaya ve en el viudo un usufructuario poderoso, universal, sin limitación de facultades, no solamente en cuanto a su extensión, sino también en cuanto a su duración. El Fueno concede al viudo un usufructo temporal y limitadísimo..., pero la realidad, avalada por una costumbre constante y uniforme, hace del viudo comisario un usufructuario universal y vitalicio, amén de un titular de disposición solamente limitada o condicionada ésta por la indisponibilidad a favor de extraños y la obligación de disponer de los bienes entre el grupo legitimario, si bien dentro de este grupo goce el comisario de la más amplia libertad de distribución. Técnicamente, por lo tanto, hay que ver en esta institución dos aspectos: en el aspecto interno, una relación de apoderamiento entre comitente y fiduciario; en el aspecto externo, una situación jurídica de titularidad de disposición condicionada, unida a un usufructo universal e ilimitado."

Por un procedimiento indirecto, de honda raíz consuetudinaria, el Derecho vizcaíno constituye un auténtico derecho de viudedad, que bien puede equipararse a la viudedad aragonesa, que en definitiva es también de origen consuetudinario. "La viudedad aragonesa, afirma Sancho Rebullida, tiene origen paccional y consuetudinario" (39).

Y Arregui nos dice que la fidelidad vidual navarra, al igual que la aragonesa, tiene un origen consuetudinario, lo que prueba con varios documentos (40).

Esta viudedad, similar a la de Navarra y Aragón, la logran los aforados a través del poder testitorio con prórroga. "Mientras no se hace uso de él y sea válido y vigente, dice García Royo, el viudo es:

(39) F. SANCHO REBULLIDA: "La viudedad en el Derecho Civil de Aragón", *Anuario de Derecho Civil*, 1967, pág. 756.

(40) JOSÉ ARREGUI GIL: *La fidelidad vidual en el Derecho Privado de Navarra*, pág. 227.

un verdadero titular fiduciario de disposición. La viudedad excluye la partición de hecho. La mitad indivisa de este grupo (el de los herederos legítimos) es sólo una expectativa, mientras no se hace uso del poder: ya que si potencialmente todos pueden recibir todo o parte del as hereditario, no se actúa el derecho hasta aquel momento en que sólo será heredero uno, el más apto a juicio del fiduciario, quedando los otros apartados con la legítima individual, que es puramente simbólica” (41).

En ésta como en tantas otras instituciones vizcaínas la rutina ha preferido atenerse a la letra y enjuiciar la ley a la luz de los principios del Derecho romanizado, lo que ha llevado a conclusiones totalmente distintas a las que pudiera inspirar la tradición foral.

Los proyectos de Apéndice no tocan el problema. La Compilación puede considerarse muy superior a ellos, aunque no consigue salir de las ideas unificadoras.

Con arreglo a ella hemos de considerar las siguientes situaciones:

a) *Cónyuge-comisario.*

Si el comisario designado es el cónyuge viudo “los bienes permanecerán pro indiviso hasta que haga la designación. Mientras los bienes continúen en este estado, el cónyuge viudo será el único representante de la herencia y administrador de todo el caudal” (art. 48).

Se siguen de aquí las siguientes consecuencias:

1.º Los bienes permanecen en pro indiviso. Si hay hijos en el matrimonio, el pro indiviso se produce entre el cónyuge, que es dueño de una mitad, y los hijos, dueños de la otra. En realidad, esta segunda mitad no está asignada a nadie, su titular es indeterminado y depende de la elección que haga el viudo al usar del poder.

El viudo puede disponer de toda la herencia (e incluso de su mitad comunicada) mediante donación, testamento o en capitulaciones, nombrando uno o varios herederos, universales o particulares, y excluyendo a los demás hijos. Una sería limitación, no muy justificada, es la que establece el párrafo primero del art. 19, que obliga al comisario a formalizar su encargo en un solo acto.

Teóricamente, el viudo puede limitarse a designar heredero en la mitad de los bienes comunicados, en cuyo caso continuará la indivisión de los bienes hasta que cualquiera de los condueños solicite su partición. Es más habitual que el viudo disponga tanto de la parte del cónyuge premuerto como de su propia mitad.

Si no hay hijos, el viudo no es parte en la comunidad hereditaria, salvo si hubiese bienes de libre disposición, de los cuales le corresponde la mitad. El pro indiviso es hipotético, pues depende de la elección que haga el comisario. Si nombra un solo heredero, no hay ni ha habido indivisión.

2.º “El cónyuge viudo será el único representante de la herencia.” Esta representación alcanza a la esfera civil y a la procesal, por

(41) *L. c., III, pág. 55.*

lo que el viudo podrá demandar y ser demandado en nombre de la herencia.

El viudo representa a la herencia en las relaciones civiles, contratos, actos de administración, reparaciones, etc., e incluso en las pùblicas, de Derecho administrativo y fiscal, expropiaciones, pago de impuestos, etc.

Esta representación la ostenta el viudo con el carácter de único representante, de forma que no cabe un albacea o un comisario extraño que la ostente. Ni siquiera los herederos presuntos, aunque obren colectivamente, tienen derecho alguno a representar a la sucesión, pues el art. 48 la asigna categóricamente al viudo, dando así a la viudedad un tratamiento que corresponde a su universalidad tradicional.

3.^º El viudo es el administrador de todo el caudal. Podrá realizar las obras de conservación y reparación, contratos de arrendamiento, percepción de frutos y rentas, etc.

4.^º Es lamentable que la Compilación no complete el art. 48 concediendo expresamente al viudo el usufructo. Ni lo hace ni indica a quien corresponden los frutos, provocando una laguna legal.

Para colmarla parece natural recurrir al sentido interno del Derecho foral y a la costumbre, reservando al viudo el derecho a los frutos. Pero es de temer que prevalezca otra interpretación, ya que si aplicamos los principios del Código Civil el heredero designado adquirirá los bienes con efecto retroactivo y desde la fecha de la muerte del causante (arts. 440 y 661).

5.^º ¿Podrá el viudo poseer bienes propios distintos de los incluidos en la herencia? Parece evidente que sí. Si el matrimonio se disolvió sin hijos, los bienes del viudo forman un caudal aparte, totalmente separado del patrimonio del causante y que incluye también la mitad de gananciales.

Si hubo hijos, los bienes de ambos están confundidos en una sola masa; pero, en primer lugar, el viudo puede tener adquisiciones lucrativas posteriores a la muerte de su cónyuge; en segundo término, le corresponden en exclusiva los frutos de su mitad comunicada, y, por último, son suyos los bienes que con su industria o trabajo adquiera en estado de viudez. Esta idea, aunque no con mucha claridad, puede deducirse del considerando tercero de la sentencia de 7 de enero de 1959.

También se desprende de esta sentencia la idea de que el comisario, "como todo gestor, viene obligado a rendir cuentas de su administración" (considerando cuarto).

6.^º Los herederos forzosos, según Astorqui, se hallan asistidos del derecho de exigir al comisario la relación de los bienes relictos al fallecimiento del testador, es decir, el inventario y el avalúo de los mismos, que puede ser practicado extrajudicial o judicialmente (42).

Lezón, por el contrario, opinaba que hay un usufructo universal y

(42) *L. c.*, pág. 105.

vitalicio de todo el patrimonio relicito, sin obligación de afianzamiento ni rendición de cuentas (43).

Esta parece la solución más ajustada a la naturaleza de la institución. La Compilación nada dice, y para llenar la laguna cabe recurrir al rigorismo legal que nos conduce al Código Civil como supletorio o a la interpretación finalista de lo foral, que crea aquí una auténtica viudedad.

La admisión de inventarios, fianzas y rendiciones de cuentas desnaturaliza la institución foral, pero es de temer que logre prevalecer.

7.^º Como consecuencia de su especial situación, el viudo tiene derecho a poseer los bienes hereditarios. Nadie puede disputarle tal derecho, pues no existe heredero hasta que él lo designe. En defensa de su posesión podrá valerse de los interdictos e incluso utilizar el interdicto de adquirir para iniciarla.

Comisario extraño viviendo el viudo.

Si el premuerto ha nombrado comisario a un extraño, el viudo conserva, a pesar de todo, la administración y representación de la herencia (art. 48), que no depende del régimen sucesorio, sino del sistema de comunicación de bienes y del régimen legal.

Aunque el supuesto es muy distinto y anómalo, parece que hay que aplicar todo lo que hemos expuesto en el caso anterior, si bien el cónyuge viudo, al no ser comisario, no puede designar heredero y depende siempre de una mano extraña que puede poner término a la situación de indivisión.

Comisario extraño no habiendo cónyuge sobreviviente.

En este caso los comisarios tienen las facultades que el testador les hubiere asignado. Conforme al art. 15, puede encomendarles cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión de la herencia.

El art. 17 dice además: "El comisario desempeñará su cargo conforme a lo establecido expresamente por el otorgante en su testamento, y, en su defecto, tendrá las facultades que al testador correspondan según los preceptos de esta ley."

Lo que no puede hacer en ningún caso el comisario es revocar el testamento del comitente en todo o en parte. Pero el art. 17 admite que el testador le autorice especialmente para esta revocación.

EXTINCIÓN DE LOS PODERES TESTATORIOS

El poder testatorio queda sin efecto, según Lezón (44), en los siguientes casos:

1.^º Cuando el poderdante dispone de todos sus bienes inter vivos o mortis causa;

(43) *L. c.*, pág. 300.

(44) *L. c.*, pág. 304.

2.^º Cuando expresamente revoca el poder, aun cuando sea dudoso que pueda revocarlo cuando se otorga recíprocamente;

3.^º Cuando el matrimonio se disuelve sin descendencia;

4.^º Cuando el comisario viudo contrae segundas nupcias;

5.^º Cuando el comisario fallece sin haber hecho uso de sus facultades de elección de heredero o distribución de los bienes del premuerto, y

6.^º Cuando transcurren los plazos señalados por el Fuero sin hacer uso del poder, salvo autorización expresa de prórroga indefinida.

Astorqui (45) expone otros supuestos, a saber: *a)*, no aceptación del cargo; *b)*, renuncia; *c)*, remoción; *d)*, muerte del comisario; *e)*, incapacidad; *f)*, caducidad del poder; *g)*, cumplimiento de las funciones del comisario.

Por nuestra parte vamos a examinar separadamente estos supuestos:

a) Si el poderdante dispone de todos sus bienes o revoca el poder, es evidente que éste se extingue o no llega a nacer. La revocación debe cumplir las mismas solemnidades que el otorgamiento del poder.

b) Supone Lezón que el comisariado solamente debe funcionar en los matrimonios disueltos con hijos, pero después de la Compilación no parece defendible esta tesis, sostenida en 1946, y acaso la más acomodada a la mentalidad foral.

c) Si el comisario viudo contrae segundas nupcias pensaba Lezón que "debe quedar sin efecto el poder testitorio". El Fuero, añade, parco en la regulación de esta institución, no prevé esta contingencia, y la jurisprudencia guarda silencio sobre el particular. Sin embargo, por analogía que hemos visto existe entre el testamento por comisario y las otras manifestaciones consuetudinarias de la fiducia testamentaria, opinamos que están en lo cierto los que creen, como Pascual y Ruiz y Coll y Rodés, que en el caso de segundas nupcias del cónyuge fiduciario debe perder éste sus omnímodas facultades. La madre... que se vuelve a casar debe perder las atribuciones que se le han conferido... por demostrar... su dejación o apartamiento de la familia del primer matrimonio y cierta indiferencia hacia ella, incompatible con el interés que debe presidir la elección. Creemos que en materia tan delicada como ésta... habrá que tener en cuenta la naturaleza del cargo de comisario, que por ser un cargo de confianza, que exige la más absoluta imparcialidad en quien lo ejerce, debe quedar sin efecto en el momento en que dicha imparcialidad pueda ser puesta en tela de juicio, o, mejor dicho, cuando exista un temor racional y fundado de parcialidad por la mutación de afectos que las segundas nupcias hacen presumible (46).

Nada dice la Compilación al respecto. Es una de tantas lagunas a llenar, pero a falta de texto legal es difícil sostener la tesis de la

(45) *L. c.*, pág. 106.

(46) *L. c.*, pág. 304.

extinción del poder. Estimamos, no obstante, que este punto podría ser objeto de reflexión en la revisión, que cada vez se presenta como más necesaria, del texto de la Compilación.

d) Evidentemente la muerte y la incapacidad del comisario han de ser causa de extinción del poder, aunque nada diga la Compilación. Sin embargo, sería dudoso que la incapacidad que afecte tan sólo a la esfera patrimonial, como es la del pródigo o la del quebrado, puedan afectar a la vigencia de un poder testatorio.

e) Se extingue el poder por caducidad cuando se haya extinguido el plazo legal o voluntario concedido al comisario por el testador o por la ley.

f) Siendo el cargo voluntario, debe entenderse extinguido por la no aceptación o la renuncia, aunque ésta, dice Astorqui, exigirá justa causa, por analogía con lo que el art. 899 del Código Civil exige a los albaceas.

g) Supone Astorqui que es posible la remoción del comisario si observa una conducta dolosa o si incurre en negligencia grave. "Se olvida a veces, dice, que el comisario no es otra cosa que una especie de depositario y administrador." Como tenemos una idea muy distinta del comisiariado, se nos hace difícil concebir la posibilidad de remoción.

El tema de la empresa multinacional, en tres documentos de organizaciones latinoamericanas

JOSE ENRIQUE GREÑO VELASCO

I

Con un intervalo de pocos meses, tres organizaciones latinoamericanas —ALALC, INTAL y AILA— han dado a conocer sendos documentos coincidentes en el estudio de las empresas multinacionales en este área geográfica. El documento de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), identificado como DPT/II/di 8, del 4 de mayo de 1970, reproduce un informe del doctor Bernardo Supervielle, vicepresidente de la Sección Uruguaya del CYCPYC. El trabajo elaborado por el INTAL (Instituto para la Integración de América Latina, departamento de investigación del Banco Interamericano de Desarrollo) fue discutido en el seminario sobre cooperación industrial e integración económica, realizado en julio de 1971 en Berlín, y presentado al Primer Congreso Metalúrgico de la Subregión Andina, celebrado en Santiago de Chile, en agosto de 1971. El último de los documentos de trabajo mencionados, fue examinado en el VII Congreso Latinoamericano de Industriales, convocado por la Asociación Latinoamericana de Industriales (AILA) y auspiciado por el Consejo Venezolano de la Industria. Se llevó a cabo en el mes de abril de 1971, en la ciudad de Caracas.

Resulta por demás sintomático, que motivos de tan diferente significado y en lugares distantes entre sí, por miles de kilómetros, haya una coincidencia tan clara respecto a uno de los problemas de extrema actualidad en el contexto de las soluciones urgentes en el mundo hispanoamericano. No es tampoco casual que instituciones de distinto carácter, como las responsables de la presentación de los documentos que estudiaremos, hayan coincidido en presentar, en teatros y foros de profesionales de diferentes naciones, un tema que ahonda en la complicada vida institucional de este Continente con características nuevas y perfiles de acusada originalidad.

Nuestro intento es presentar el análisis de los tres importantes documentos de referencia, en el contorno más adecuado a su comprensión y lineamientos, para en uso de una metodología comparada

abordar sus semejanzas y diferencias y las causas de una continuidad formal, que hacen a cada uno de ellos pieza indispensable de la consideración ulterior de los subsiguientes. Antes nos parece indispensable situar el tema en el cuadro general de los tratados y declaraciones en el Continente.

II

En el plano interamericano, el ascenso internacional de los empresarios se realiza primero tímidamente, a través del art. 43 del Tratado de Montevideo de 1960, por el que se instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), en el que se expresa: "A fin de facilitar el estudio de los problemas específicos, el Comité podrá establecer comisiones consultivas, integradas por representantes de los diversos sectores de las actividades económicas de cada una de las partes."

Este reconocimiento se amplía en la reforma a la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Por el art. 31, inciso *m*), los Estados miembros, a fin de acelerar el proceso de desarrollo de conformidad con sus propias modalidades y procedimientos en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano, se comprometen a dedicar sus máximos esfuerzos al logro, entre otras metas, de la "promoción de la iniciativa y la inversión privada con la acción del sector público". Dentro del mismo espíritu, la Declaración de Bogotá de agosto de 1966 afirma explícitamente que "la adopción de proyectos en que participen empresarios y capitales de varios países latinoamericanos facilitará el proceso de integración, una especialización razonable y la distribución equitativa de las inversiones dentro de la zona. Se apoyará, en consecuencia, el estudio de proyectos de esa índole, y para estimular su ejecución se adoptarán medidas destinadas a abolir la doble tributación y cualesquiera otros obstáculos a las transferencias intrazonales de capital, lo mismo que las que provean a la asistencia técnica entre los diferentes países participantes, y a una financiación adecuada".

La Declaración de los Presidentes de América —en abril de 1967— hace reiterada referencia al sector privado. En el preámbulo mismo del importante texto, al destacar las ventajas derivadas de la constitución de un mercado común para América Latina, consigna textualmente: "Esta magna tarea reforzará nuestros vínculos históricos, promoverá el desarrollo industrial y el fortalecimiento de las empresas industriales latinoamericanas, así como una más eficiente producción y nuevas oportunidades de empleo, que permitirán que la región desempeñe en el orden internacional, el papel destacado que le corresponde."

La misma Declaración, al presentar el programa de actividades en el capítulo primero, sobre integración económica y desarrollo, consigna: "La integración debe estar plenamente al servicio de América

Latina, lo cual requiere un fortalecimiento de la empresa latinoamericana mediante un riguroso respaldo financiero y técnico, que le permita desarrollar y abastecer en forma eficiente el mercado regional. La iniciativa extranjera podrá cumplir una función importante para asegurar el logro de los objetivos de la integración dentro de las políticas aplicables.”

Como medidas concretas, los Presidentes de América acordaron: *b)*, movilizar recursos públicos y privados dentro y fuera del Continente para impulsar el desarrollo industrial dentro del proceso de integración de los planes nacionales de desarrollo; *c)*, movilizar recursos financieros y técnicos, a fin de llevar a cabo estudios específicos sobre la factibilidad de proyectos industriales de empresas latinoamericanas de alcance multinacional, así como coadyuvar a su ejecución; *d)*, acelerar los estudios que se están llevando a cabo por diversos órganos interamericanos para promover el fortalecimiento de los mercados de capitales, así como la posible formación de un mercado latinoamericano de valores.

Ya en avanzada de tiempo, la Resolución número 157 (VI) de la ALALC manifiesta el interés de utilizar a la “empresa multinacional latinoamericana” como un instrumento al servicio del objetivo del desarrollo equilibrado de la región, cuando se establece, que un modo de estimular en forma directa el aprovechamiento por parte de los países de menor desarrollo económico relativo de las concesiones no extensivas, sería el que las Partes Contratantes estimulen la “creación de empresas multinacionales con el aporte conjunto de empresarios de países de menor desarrollo y de sus propios países. Para concretar esta aspiración los países interesados podrán establecer bilateralmente los estímulos requeridos para facilitar la concertación de los acuerdos correspondientes, por parte de los sectores empresariales. A tal fin, el Comité Ejecutivo Permanente debe realizar los estudios necesarios para la determinación de los siguientes aspectos: i), estímulos que deberían aplicar los países en cuyo territorio se instale una industria programada; ii), estímulos que deberían otorgar el resto de los países frente a las industrias programadas en otro u otros países de la región; iii), procedimientos para la preferente utilización de equipos, materiales y capitales zonales en condiciones de competencia”.

La interpretación de estos textos, como bien lo señala Lagos (1), y especialmente la Declaración de los Presidentes, debe realizarse tomando en cuenta dos aspectos: 1), la realidad de la corporación internacional tal como se ha dado históricamente en el mundo y en América Latina; 2), el tipo de empresa multinacional latinoamericana que permitirá acelerar el desarrollo económico integrado de la región y mantener su carácter latinoamericano.

(1) En el documento presentado en la reunión anual de la Asamblea de Gobernadores del B. I. D. celebrada en Bogotá —abril 1968— con el título “Empresas multinacionales: aspectos socio-económicos, jurídicos e institucionales”, Banco Interamericano de Desarrollo, pág. 213.

En esta realidad es donde se circunscriben los tres documentos que pasamos a estudiar.

III

Elegimos presentar en primer término el trabajo realizado por INTAL, pese a ser posterior en orden de aparición a los dos cuyo estudio abordaremos. La elección —como se verá— no es arbitraria. El encuadramiento del campo a considerar está dado en el documento de referencia en una sistematización fundada en un presupuesto conceptual que facilita —notablemente— la posición relativa de cada uno de ellos y la exploración y explicación de los resultados, con miras a una descripción coherente.

III-1. DOCUMENTO DEL INTAL

a) *Entorno conceptual.*— El tema está considerado desde una perspectiva latinoamericana y en relación con la integración económica de la región. Se tiene especialmente en cuenta problemas organizativos concretos-estructurales y de los instrumentos jurídicos que pueden ser necesarios para facilitar la creación y funcionamiento de las empresas multinacionales. La EMLA se considera como instrumento de cooperación y de integración industrial, aun cuando también se especifican instrumentos alternativos a los que puede recurrirse para lograr efectos similares: asociación contractual no institucional, participaciones, contratos de montaje, contrato de suministros de bienes de capital...

b) *Delimitación terminológica y asociación con otros fenómenos económicos.*—La idea de EM se asocia: 1. Con la transferencia de recursos o servicios (capital, tecnología y capacidad empresarial) provenientes de países altamente industrializados. En esta perspectiva el interés por el tema EM está íntimamente asociado con toda la temática de la inversión extranjera y de la transferencia de tecnología y de capacidad empresarial provenientes de economías desarrolladas. 2. Con el objetivo nacional de los principales países latinoamericanos de fomentar las exportaciones de manufacturas dentro y fuera de la región. 3. Con la idea misma de integración económica entre un grupo de países en la medida que ella implica el redimensionamiento del campo de acción de algunas de las empresas localizadas en el espacio integrado. 4. Con la necesidad de organizar la estructura empresarial que tenga a su cargo la realización de proyectos industriales conjuntos entre un grupo de países. En este último caso, surge con toda claridad la importancia de la EMLA en función de objetivos de integración económica regional (Acuerdo de Cartagena y Resolución 157 de la ALALC).

c) *El concepto de EMLA.*—Reserva el concepto de EMLA para

aquellas de mercado, capital y centro de decisión multinacional en la medida en que, además, quienes controlen dicho capital y los órganos de dirección y de gestión sean latinoamericanos. El concepto ideal de EMLA tiende a identificarse con aquella empresa que es multinacional por su mercado, su capital y su centro de decisión y latinoamericana por su control real.

d) *Tipos de empresa multinacional.*—Una tipología de las EMLA tiene importancia para la elaboración de una política económica y legislativa orientada a fomentar la creación y funcionamiento de dichas empresas. La elección del tipo o los tipos depende de una serie de factores: 1. Actividad económica a desarrollar. 2. Existencia o no de un proceso de integración económica. 3. La clase de mercado en que actuará la empresa: competitivo, monopólico u oligopólico. 4. La forma de asociación de la empresa y las motivaciones políticas y económicas de la decisión de utilizar el instrumento EM en relación a cada uno de esos fenómenos. 5. El rol que debe asignarse en cada caso al capital público, al privado, al nacional y al extranjero.

Todos los tipos creados por relación a estas variantes, están caracterizados por el mercado multinacional y varían de acuerdo a la estructura y origen del capital y al grado de multinacionalidad del control.

e) *Enfoque jurídico de la EMLA.*—Debe actuarse con suficiente flexibilidad para adecuar todas las gamas posibles de situaciones, en forma tal que la fórmula jurídica no sea obstáculo al proceso de negociación entre países interesados en tales tipos de EM, en contra del sentido práctico y de la efectividad necesaria. Desde el punto de vista de la forma jurídica, no existen mayores dificultades derivadas de la pluralidad de legislaciones nacionales o de la ausencia de un régimen común de sociedades para utilizar cualquiera de las técnicas jurídicas más conocidas en el campo internacional para las asociaciones interempresariales.

f) *La relación objetivo e instrumento en el tema EM.*—En el proceso de integración económica de AL, la empresa multinacional sólo cobra sentido como un medio para obtener determinados fines de tipo político o de tipo económico. Si bien la EM puede tener justificación económica y cumplir funciones económicas, sólo tiene sentido cuestionarse acerca de la misma, situándola en la perspectiva de una estrategia de desarrollo industrial intrarregional y de inserción de las economías nacionales en el sistema internacional. Preguntarse cómo hacer para tener empresas multinacionales en el plano industrial, significa responder primero a la pregunta de cómo y por qué lograr la cooperación e integración industrial o el desarrollo de complejos industriales conjuntos, entre países determinados y en determinados sectores.

g) *Conclusiones.*—1. Es necesario analizar el fenómeno de la empresa multinacional en América Latina en relación con otros fenómenos económicos con los cuales está relacionado (acción en la región de corporaciones internacionales, formación de un mercado común, exportación de manufacturas —dentro y fuera de la región—, proyec-

tos industriales conjuntos a nivel sectorial). 2. Es posible imaginar distintos tipos de EM, todos ellos caracterizados por la multinacionalidad del mercado, pero variando según la estructura y origen de capital social y el grado de multinacionalidad del control de las decisiones. 3. Las ventajas o desventajas de cada uno de los tipos de EM sólo pueden establecerse en cada caso concreto, teniendo en cuenta una serie de variables significativas: tipo de producción o servicio existente entre los países involucrados, la motivación económica o política del proyecto, el origen del capital (público, privado, nacional, extranjero o mixto), e inclusive las características políticas de los países envueltos en el proyecto. 4. Es posible imaginar múltiples alternativas a los distintos tipos de EM (fórmulas de asociación interempresarial, no institucional, que permitan cumplir en forma similar las funciones atribuidas a la EM. 5. Toda formulación jurídica de la EM debe efectuarse con la suficiente flexibilidad, en forma que no entorpezca o dificulte las soluciones más adecuadas a cada supuesto o proyecto industrial. 6. No existen obstáculos significativos en la legislación de los países latinoamericanos, para crear y mantener en funcionamiento distintos tipos de empresas multinacionales o para recurrir a distintas fórmulas de asociación interempresarial. 7. Los problemas de gestión más importantes podrían estar relacionados con la composición multinacional del centro de decisión, con la necesidad de compatibilizar una centralización de las decisiones, con una descentralización operativa en el caso de existencia de varias plantas productoras, con la distribución de los beneficios de la empresa, con el impacto del proyecto que encara la empresa en la distribución de los beneficios económicos de la integración, con la política de crecimiento de la empresa, con la política frente a los asociados extranjeros, con la distribución de poder empresarial y la necesidad de que no se desvirtúe por la utilización de técnicas de control, ajenas a la estructura de capital social. 8. Con respecto a los incentivos que pueden estimular a un inversor, se puede recurrir a toda la gama que ofrece la experiencia nacional en materia de fomento industrial. Más importante que los incentivos pueden resultar las garantías ofrecidas al inversor, frente a las posibles alteraciones de las reglas de juego por parte del país de localización. Un acuerdo internacional puede constituir a este efecto una mayor garantía que induzca al capital privado a participar en esas empresas.

III-2. DOCUMENTO DE LA ALALC.—DPT/II/DI 8, DEL 4 DE MAYO DE 1970

a) *Entorno conceptual.*—La creación de la zona de libre comercio por medio del Tratado de Montevideo, como el Mercado Común Centroamericano, y en el futuro el Mercado Común Latinoamericano, exigen la intervención dinámica de los agentes que ponen en actividad la economía —es decir, de empresas privadas—, de organismos esta-

tales o, finalmente, de empresas mixtas, todo ello concebido a escala multinacional. La supresión de las fronteras económicas, la ampliación de las dimensiones de las empresas y la creación del medio en el que debe admitirse necesariamente la libre circulación de los factores esenciales de la producción —mano de obra, capitales y mercaderías— desemboca en la idea de la EM, ya sea privada, estatal o mixta. Lo que se pretende es fomentar una serie de entidades o corporaciones que actúen con vistas a un criterio económico, cuya meta sea el desarrollo de la región, sin perjuicio de que puedan recibir la ayuda a la asistencia técnica y financiera de carácter extrazonal.

La necesidad de fomentar EMLA responde a exigencias impuestas por el propio desarrollo económico, por la integración y por la coyuntura internacional.

b) *Delimitación terminológica*.—La expresión no tiene un sentido definido en la terminología económica ni en el ámbito de las categorías jurídicas. Se trata de un fenómeno reciente que se vincula a la expansión del comercio, a las transferencias de capitales, a la creación y desenvolvimiento de nuevos polos de desarrollo y, por sobre todo, a un fenómeno integracionista que responde a una coyuntura especial de la economía impostada en el orden internacional.

c) *Concepto de EM*.—Aun cuando puede calificarse de multinacional a una empresa que actúa en distintos países simultáneamente, con establecimientos vinculados o no jurídicamente, pero con radicación e irradiación desde el punto de vista económico en diferentes naciones, vinculamos este concepto al programa de integración económica de AL, tal como fue complementándose en los distintos documentos, declaraciones y acuerdos internacionales, y traduce cierto tipo de empresa que actúa en un espacio económico que cubre más de un país, ejerce su acción en más de una nación y pertenece a intereses o personas del mismo origen en que se explaya su influencia.

d) *Caracteres*.—La EMLA se tipifica por los siguientes aspectos: 1. Que el origen del capital provenga de los países latinoamericanos. 2. Que el control de sus decisiones fundamentales dependa de la voluntad de los empresarios latinoamericanos. 3. Que la entidad tenga por objeto esencial una finalidad económica de tipo regional.

e) *Clasificación de las EMLA*.—1. Desde el punto de vista de su titularidad: empresas multinacionales privadas (fusionan intereses de empresarios particulares pertenecientes a diferentes nacionalidades), empresas multinacionales públicas (tendrían como objeto principal la administración de ciertos complejos comerciales o industriales que por su dimensión se confían a un servicio público), empresas mixtas (existen mezclados en proporción variable de los intereses del Gobierno con participaciones del sector privado). 2. EMLA típicamente regionales y EM con participación extrazonal no mayoritaria. 3. Un tercer criterio de clasificación estaría dado por los propios objetivos de la EM (científico, tecnológico, cultural, económico: obras, explotaciones de infraestructura, utilización de energía, industrias de base, laboratorios de investigación...).

f) *Aspectos jurídicos e institucionales.*—El establecimiento de sociedades comerciales en la región debe examinarse con referencia a la legislación, más concretamente al Derecho internacional privado, y también de “leye ferenda”, en vista de una modificación o implantación de un sistema especial que debería negociarse por medio de un convenio intergubernamental. La actuación de una EMLA en la región plantea diversos problemas, y entre ellos: 1. El reconocimiento de la personalidad jurídica. 2. La cuestión de la nacionalidad. 3. La competencia legislativa y jurisdiccional en lo que se refiere a la instalación de sucursales y agencias; y 4. Las cuestiones que plantea la moratoria, la insolvencia, el concordato o la quiebra de una sociedad extranjera, aun perteneciente a la región.

El documento indica las soluciones más adecuadas a los problemas propuestos, tomando como referencia los Tratados internacionales de Montevideo de 1889 y 1940 y la doctrina internacional más conceputada.

Respecto a la implantación de un régimen jurídico común, los obstáculos jurídicos provenientes de las distintas fronteras que el derecho interno prevé, obligan a encarar, si no dentro de un futuro inmediato, por lo menos en futuro campo de la integración de un mercado común latinoamericano, ciertas perspectivas que habrán de ser consideradas con el tiempo suficiente para madurar las soluciones. Ello podrá lograrse en base a dos procedimientos: 1. Uniformización de las legislaciones nacionales con vistas a establecer un tratamiento semejante. 2. Solución de derecho común (estatuto de derecho regional). Por el momento una discusión sobre el estatuto jurídico de la sociedad multinacional latinoamericana, constituye una divagación con poca incidencia práctica.

g) *Promoción de la EMLA.*—El documento de la ALALC sigue la problemática propuesta por Lagos (2), señalando tres metas esenciales: 1. Identificación de oportunidades para la creación de los distintos tipos de empresas multinacionales de acuerdo con su mayor viabilidad política y económica. 2. Régimen de fortalecimiento de la actividad empresarial nacional y multinacional en aquellos sectores estratégicamente seleccionados; y 3. Creación de órganos multinacionales de promoción que permitan inducir y combinar los denominados factores internos en la expansión de las empresas.

h) *Aplicaciones prácticas.*—1. Las EMLA y el proceso de integración (en la creación de unidades de tipo subregional: Grupo de la Región Andina, Mercado Centroamericano, Tratado de Brasilia). 2. En los programas de infraestructura (Flota Gran Colombiana, Corporación Centroamericana de Servicios de Navegación Aérea —COCESNA—). 3. En la integración sectorial (derivados del petróleo, Monómeros de Colombia); y 4. Organismos financieros internacionales (Corporación Andina de Fomento).

(2) *Ob. cit.*, pág. 226.

III-3. ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INDUSTRIALES (AILA)

a) *Entorno conceptual.*—La creación de estas sociedades no se deben a factores externos: existencia de un estatuto jurídico que unique las normas sobre derecho comercial, fiscal, financiero, cambiario y social, sino fundamentalmente a factores internos de la sociedad o sociedades que las constituyan, basados sobre sus disponibilidades financieras, tecnológicas y de capacidad empresarial.

Es, por consiguiente, más importante establecer estímulos directos e indirectos al desarrollo financiero, tecnológico o gerencial de los países de AL. Establecer facilidades de financiamiento, medios para estimular su desarrollo tecnológico, creación de una infraestructura de información que le permita un mayor conocimiento de los mercados, de las medidas concretas que una empresa puede aplicar a su desenvolvimiento multinacional.

b) *Delimitación conceptual.*—Diferentes entidades de carácter público y privado han iniciado estudios sobre las EM con el fin de dar una precisión a este concepto, que carece de rasgos definidos dentro del ámbito de la teoría económica y jurídica. Las EM están destinadas a jugar un gran papel dentro de tres puntos de vista principales: 1. Como medio para conciliar el objetivo de atraer capitales extranjeros y la transferencia de tecnología con la necesidad de proteger los intereses nacionales. 2. Como medio para desarrollar actividades industriales, no susceptibles de ser desarrolladas por capitales locales de un solo país y para evitar que sean controladas por capitales extrazonales; y 3. Como medio para fortalecer empresas LA de capacidad financiera, tecnológica y empresarial, para permitirles aprovechar plenamente las oportunidades de comercio e inversión que pueda generar el proceso de integración económica.

c) *Concepto de las EMLA.*—En el estado actual de los conocimientos sobre EM no es posible dar una definición “a priori” de lo que debe entenderse como tal, y se hace necesario utilizar el método inductivo para que, previo examen de los factores internos y externos que estimulen su creación y de las experiencias que han existido al respecto en diferentes países, pueda llegarse a conclusiones válidas sobre sus características fundamentales.

Se puede definir como tal, la sociedad que contenga los siguientes elementos: 1. Que se constituya con capitales pertenecientes en forma preferentemente mayoritaria a personas físicas o jurídicas nacionales de dos o más países latinoamericanos. 2. Que operen en dos o más Estados latinoamericanos. 3. Que su control permanezca en forma fehaciente en manos de nacionales de los países latinoamericanos. 4. Que desarrollen actividades de especial interés para el desarrollo económico del país sede y en general que favorezcan la integración de AL.

d) *Clasificación.*—Sigue la orientación marcada por INTAL, considerando que por la integración de su capital una sociedad multinacional puede ser: 1. Extrazonal, cuando el aporte de capital de una

empresa extrazonal sea de cuantía suficiente para asegurar su control efectivo. 2. Zonal de capital nacional, cuando el mismo esté integrado en un porcentaje decisivo para el control con capital del sector público y/o privado de un solo país latinoamericano. 3. Zonal multinacional, cuando su capital está integrado por un porcentaje decisivo para el control de la empresa por capitales provenientes del sector público y/o privado de dos o más países latinoamericanos.

e) *Régimen jurídico*.—El régimen jurídico ideal sería el de concertación de un convenio internacional que definiera las características de la sociedad MLA. Con ello se llegaría a la unificación legislativa, que implicaría el reconocimiento de la personería jurídica de todos los países latinoamericanos, desapareciendo los problemas para el reconocimiento y transferencia de sede, creación de filiales y fusiones internacionales. Todo ello complementado con el reconocimiento de la sociedad por el organismo público y el establecimiento de un tribunal que unificara la jurisprudencia. Ante la existencia en AL de cuatro procesos de integración —ALALC, PACTO ANDINO, MCC, CARIFTA—, parece más adecuado establecer los principios rectores que deben regir las empresas multinacionales: 1. Debe existir una entidad capaz de calificar a una sociedad como multinacional atendiendo a su formación de capital (preferentemente mayoritaria por nacionales de dos o más Estados latinoamericanos), al mercado en el que opere (desde el punto de vista de la producción, ventas y servicios), al control (ejercido por latinoamericanos), al desarrollo de sus actividades (que sean de especial interés para el país sede y favorezcan la integración de AL). En todos los casos se adoptaría el sistema de concesión de personalidad jurídica. Un organismo público verificaría si se cumplen las condiciones expuestas. 2. La SMLA debe tener un tipo común en cuanto a su forma jurídica: concretamente debería constituirse como SA, para facilitar un cierto grado de uniformidad legislativa.

f) *Estatuto jurídico y fórmulas especiales*.—Tratándose de EMLA de carácter público, no es conveniente que se establezca un estatuto jurídico tipo. En el caso de proyectos de infraestructura física existen dos grandes categorías de fórmulas jurídico-administrativas: 1. Administración separada, en la cual cada país construye y explota su parte, financiando solamente el proyecto que quede en su territorio. 2. Administración conjunta, en la que se establece un mecanismo institucional que implique un centro de decisión común y la adopción de decisiones únicas. En el caso de las SM de carácter privado, supuesta su forma preferentemente SA, parece conveniente establecer un estatuto jurídico elástico, que permita adoptarlo a cada caso concreto y que se elaboren fórmulas especiales en base a los acuerdos de complementación, programas sectoriales de desarrollo industrial y nuevas fórmulas jurídicas.

g) *Normas para uniformar la legislación*.—Deberían adoptarse normas para uniformar la legislación en los siguientes aspectos: 1. Amortización, fondos de reserva obligatoria y revaluación de acti-

vos en relación con una unidad de cuenta. 2. Publicidad, validez de los contratos y causales de nulidad y liquidación de la sociedad. 3. Normas sobre protección mínima para los asociados y para terceros. 4. Las acciones nominativas deben cotizarse en las Bolsas de valores, facilitando para tal efecto su inscripción. 5. Para la solución de controversias debe establecerse un sistema de arbitraje y quedar exentas de reclamación diplomática.

h) *Conclusiones*.—El Congreso estableció cuatro conclusiones: 1. La creación de sociedades multinacionales se deberá fundamentalmente a factores internos (recursos financieros, tecnológicos y empresariales). Se hace necesario establecer estímulos directos o indirectos que aceleren la formación de estos factores internos (facilidades de financiamiento, de investigación tecnológica, información sobre oportunidades de inversión y formación de centros de promoción). Esas facilidades deben ir acompañadas de medidas específicas (liberación arancelaria, incentivos fiscales, facilidades para la adquisición de bienes, equipo y personal de la empresa, garantías cambiarias...). 2. La existencia de factores externos basados en fórmulas jurídicas que uniformen el régimen sobre derecho comercial, financiero, fiscal y cambiario —también el social— son factores de suma importancia para la creación de las SMLA. Tratándose de SM de fondos públicos, no podrá existir un estatuto jurídico que las regule. Para las SM de carácter privado se establecerá un estatuto jurídico elástico que permita amoldarlo a cada caso concreto. 3. Las SM se han propuesto en AL como alternativa viable y plenamente satisfactoria para conciliar la necesidad de capital extrazonal con el desarrollo armónico y el fortalecimiento de la ELA. Las EMLA se formarían con un capital extrazonal de participación minoritaria para asegurar que sus decisiones se tomen en y para el mercado ampliado de LA. 4. La elaboración de fórmulas jurídicas para la creación de EM debe ser simultánea al proceso y no necesariamente condición previa para su establecimiento. Deben estudiarse todos los procedimientos que permitan la extensión de las actividades de las sociedades para que puedan operar internacionalmente, evitando los problemas de su nacionalidad, traslado de la sede, y fomentando su concentración con base en leyes uniformes o mediante la creación de una sociedad latinoamericana. Debe tratarse de estatutos flexibles, que puedan adecuarse en cada caso concreto y con soluciones diferentes para la concentración de las empresas existentes: o para la creación de nuevas empresas.

IV. COMPARACION SISTEMATICA IV-1. PLANTEAMIENTO BÁSICO

IV-1.1. *Principios*.—Para INTAL, la EM tiene un carácter adjetivo, instrumental, al servicio de la integración de AL, entendida ésta como una complementación de industrias. El documento de ALALC sitúa el fenómeno de la EMLA en su faz coyuntural —impostación de

la economía en el plano internacional—, de manera especial a la expansión del comercio. La Asociación Latinoamericana de Industriales plantea la importancia de la EM como un medio para desarrollar actividades industriales no susceptibles de ser desarrolladas por capitales locales y para fortalecer las EL, dotándolas de capacidad financiera, tecnológica y empresarial.

Este diverso encuadre del mismo fenómeno —económico y jurídico— tiene importantes consecuencias metodológicas. El estudio de INTAL hará resaltar el aspecto estructural de las empresas multinacionales, fundamentando una amplia exposición de los diversos tipos organizativos en los que pueden combinarse opciones diversas de asociación institucional. El trabajo de ALALC, por su parte, traslada al campo de las EM toda la problemática conocida sobre conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de relaciones comerciales. El enfoque de AILA centra sus consideraciones, de modo fundamental sobre el régimen jurídico y el estatuto de funcionamiento de las industrias constituidas sobre factores de multinacionalización.

IV-1.2. *Finalidad.* —Las llamadas EM son uno de los medios apropiados para alcanzar objetivos perseguidos en los distintos esquemas de integración económica (INTAL), pero reconociendo el enfoque y aun el contenido mismo, el concepto EM varía en relación al fenómeno económico al que se asocie: transferencia de recursos o servicios, fomento de las exportaciones, o con la idea misma de la integración. En cambio, existe para ALALC un sentido preferencial en el análisis de las finalidades de la EM, entendiendo que lo “tipificante” es la relación, el calificativo multinacional, que hace referencia a diversas naciones. La finalidad de las EMLA surge de su propia necesidad de contactar su producción con los mercados de otros países, en alguna manera o forma institucional de relación. Para AILA, por sobre todo, el objetivo más importante a cumplir con las EMLA está en su fortalecimiento institucional. Para ello tanto la primera forma de constatar su presencia —incorporación de tecnología y medios financieros o de “management”— como la dotación por otros procedimientos no institucionales —compra de patentes, obtención de capitales en préstamo...— adquieren relevancia de primer plano.

IV-2. PROBLEMÁTICA

El planteamiento de cuestiones relacionadas con las EMLA, presenta dificultades y problemas de distinta naturaleza referidos a sus aspectos económicos, políticos y jurídicos, que examinaremos a continuación.

IV-2.1. *Aspectos económicos.* —INTAL considera los aspectos económicos desde su influencia estática, valorando la existencia de los factores de capital y mercado como características de las EM. El estudio de ALALC formula, siguiendo el esquema ya sugerido por

Lagos (3), los obstáculos de distinto signo para la formación de las EMLA, como los derivados de la circulación libre de capitales (fiscales, legales, administrativos y cambiarios), del propio establecimiento de las personas físicas y de las sociedades comerciales, y de la libre transferencia de la mano de obra y de las mercaderías (tarifas arancelarias o medidas de consecuencias equivalentes, impuestos internos, inestabilidad monetaria...). La consideración precedente tiene un carácter dinámico, en acuerdo perfecto a su esquema de partida. Para AILA la misma creación de las EMLA se deberá fundamentalmente a los factores internos, dentro de los cuales los recursos financieros juegan un papel importante. Por desdoblamiento de esta concepción, las facilidades de financiamiento, de investigación tecnológica y una serie de medidas de carácter fiscal-económico, tales como liberación arancelaria, exención total o parcial de impuestos, facilidades para la adquisición de bienes, equipo y personal, garantías cambiarias, mantienen la prioridad número uno en el proyecto.

IV-2.2. *Aspectos políticos.*—En un encuadre amplio al tema considerado, INTAL entiende que "si bien la empresa multinacional" puede tener justificación económica y cumplir funciones económicas, sólo tiene sentido cuestionarse acerca de la misma, situándola en la perspectiva de una estrategia de desarrollo industrial intrarregional y de inserción de las economías nacionales en el sistema internacional. No es posible dar una respuesta al porqué de la EM, en términos económicos o políticos, fuera del contexto de una política frente a la inversión externa y en particular frente a las corporaciones internacionales, de una política de exportación de manufacturas, de una política de desarrollo industrial conjunto, de una política de integración económica. El segundo de los documentos considerados limita la actividad política a la selección de un régimen de fortalecimiento de la actividad empresarial nacional y multinacional de los sectores estratégicamente situados y la creación de los órganos multinacionales de promoción, que permitan inducir factores externos de expansión de empresas.

El VII Congreso de Industriales Latinoamericanos de Caracas no establece el cuadro político general, haciendo relación a las medidas ya anunciadas de carácter económico-fiscal y a una "sistématica política de divulgación de oportunidades de inversión".

IV-2.3. *Aspectos jurídicos.*

IV-2.3.1. Respecto al concepto de las EMLA.—La conceptualización del INTAL es más técnica y cercana a sus bases de partida, establecidas en el sustrato económico. Las variables de capital (multinacional), mercado (perteneciente a diversos países latinoamericanos) y control de decisiones (en manos de nacionales de Estados americanos) determinan los elementos que caracterizan las EMLA. ALALC suprime la variable mercado en su conceptualización, pero introduce un elemento

(3) *Ob. cit.*, pág. 226.

nuevo: una finalidad económica de tipo regional. AILA a los tres elementos aportados en el estudio de INTAL añade todavía el desarrollo de actividades de especial interés para desenvolvimiento económico del país sede y en general que favorezca la integración de AL.

IV-2.3.2. Respecto a la clasificación.—INTAL lo hace en base a una sola de las variables económicas consideradas: el capital. Las EM son, por el origen del capital: de capital nacional (integrado en un porcentaje decisivo para el control con capital del sector público o privado de un solo país latinoamericano), de capital extrazonal (cuando el aporte de una empresa extrazonal sea de cuantía suficiente para asegurar su control decisivo) y de capital multinacional (cuando su capital está integrado por un porcentaje decisivo para el control de la empresa por capitales provenientes del sector público o privado de dos o más países latinoamericanos).

En el documento de ALALC se consideran tres tipos de entidades: empresas multinacionales privadas, empresas multinacionales públicas y empresas mixtas.

AILA incorpora la clasificación de INTAL, en base a los capitales y al origen de los mismos.

IV-2.3.3. Respecto al régimen jurídico.—El informe de INTAL sostiene que "una formulación jurídica de tipo general puede tener un gran significado económico, pero carece de sentido práctico, y en última instancia, de efectividad, o peor aún, puede introducir elementos de rigidez en el proceso de negociación entre los países interesados en crear EM". ALALC, en cambio, examina con gran amplitud las variantes jurídicas más aptas para ser desarrolladas en la implantación de las EMLA, pero sostiene que una discusión sobre el estatuto jurídico de la SLA constituye una divagación con poca incidencia práctica. Empero los industriales nucleados en AILA establecen las siguientes características fundamentales para el régimen de las EMLA: institución de una entidad que esté en capacidad de calificar a una sociedad como multinacional y conveniencia de que la SMLA tenga un tipo común en todos los países para facilitar un cierto grado de uniformidad legislativa.

IV-2.3.4. Respecto al estatuto.—Flexibilidad contra rigidez, propone INTAL. Opciones diversas de acuerdo a la actividad económica a desarrollar, a la existencia o no de un proceso de integración económica, al tipo de mercado en que actuará la empresa, al tipo de fenómeno con el que se asocie la empresa, al rol que se desee asignar al capital público, al privado, al nacional y al extranjero. Es posible imaginar en cada situación concreta otros casos de asociación—"joint ventures" en su forma contractual— que permiten cumplir, total o parcialmente, con las funciones políticas y económicas que se asignan a algunos de los tipos de las EM.

ALALC discurre en torno a la existencia de los dos estatutos conocidos como sociedad de derecho europeo o estatuto de derecho comunitario. Desechada la solución total de un estatuto único, la cuestión se divide en los múltiples problemas de reconocimiento de

la personería jurídica, la cuestión de la nacionalidad, la competencia legislativa y jurisdiccional en lo que se refiere a la instalación de agencias y sucursales, y en último término, las cuestiones que plantean la moratoria, la insolvencia, el concordato o la quiebra de una sociedad extranjera, aun perteneciente a la zona.

Los miembros integrantes de AILA establecen una diferenciación entre EMLA de carácter público, para las cuales se propugna libertad de acuerdo a las circunstancias para la fijación del estatuto más conveniente, y EMLA de carácter privado, en donde se estima conveniente, se establezca un estatuto jurídico elástico que permita amoldarlo a cada caso concreto y para algunos casos específicos fórmulas jurídicas especiales. Respecto al tiempo de elaboración de estas fórmulas jurídicas, hay acuerdo para admitir que su creación debe ser simultánea al proceso de constitución de las EMLA y no necesariamente condición previa de su establecimiento.

IV-2.3.5. Respecto a la uniformidad de las legislaciones.—No existen mayores dificultades —sostiene el informe INTAL— derivadas de la pluralidad de legislaciones nacionales o de la ausencia de un régimen común de sociedades para utilizar cualquiera de las técnicas más conocidas en el campo del Derecho internacional para las asociaciones interempresarias. En cambio, el asunto contemplado desde ALALC examina con amplitud el problema originado por la existencia de los diversos órdenes jurídicos nacionales referidos a los distintos tópicos señalados (en IV-2.3.4).

El memorándum de AILA señala la conveniencia de establecer normas para uniformar la legislación en los siguientes aspectos: amortización, fondos de reserva obligatoria y revaluación de activos en relación con una unidad de cuenta, publicidad, validez de los contratos y causales de nulidad y liquidación de la sociedad, normas sobre protección mínima para los asociados y para terceros, acciones nominativas y facilidades para su inscripción y cotización en las Bo'sas de valores, uniformidad legislativa sobre el reconocimiento de sociedades, traslado de sede, creación de filiales y funciones internacionales.

V. CONCLUSIONES FINALES

El estudio de los tres documentos producidos por INTAL, ALALC y AILA son representativos de una doctrina institucional con notable repercusión en AL. Las pautas de cada uno de los trabajos nos permiten enfocar en forma integral todo el amplio campo de las EMLA, desde distintos y complementarios puntos de vista.

INTAL ha tenido en cuenta de modo fundamental la presentación del problema desde su propia estructura organizativa y en referencia al objetivo, primordial de una integración industrial de AL. No es extraño, por consiguiente, que en el informe producido se detallen cumplidamente las distintas opciones de funcionamiento para un grupo internacional que opere simultáneamente en zonas nacionales es-

parcidas geográficamente. La caracterización de la EMLA se hace en relación con variables o factores económicos y de control —derivados en última instancia de la formación del capital—, y el enfoque legal de la EM está considerado en un segundo plano —que rechaza de modo expreso una fórmula general—, situando todo el cuadro de los problemas suscitados con motivo de la constitución de una EM en el terreno de lo más eficiente, y de acuerdo a las necesidades y circunstancias, con la necesaria flexibilidad y sentido práctico que permitan su buen funcionamiento.

ALALC, en cambio, considera la realidad de las EMLA más cercana a los problemas del cambio, de la instalación y del reconocimiento recíproco de las sociedades LA. Los obstáculos jurídicos a la constitución de estas sociedades, los requisitos para su instalación, el estudio minucioso de los estatutos en la Comunidad Económica Europea, la referencia al Derecho internacional privado como sistema de solución de conflictos, aproxima el informe a un dictamen prolífico de una realidad novedosa.

El trabajo de AILA está muy cercano a la realidad diaria de los industriales de América. Incentivos, uniformidad de legislaciones, facilidades de orden financiero, toma de posiciones respecto a la importancia de los factores internos, estímulos de orden fiscal sobre los externos, hablan de hombres apegados a vencer en la diaria lucha por el derecho práctico.

Los tres documentos se complementan en su nacimiento y terminan por describir una parábola conceptual diferente, pero relacionada. ALALC, al conceder más importancia al planteamiento coyuntural —impostación de la economía en el plano internacional—, e INTAL, al detenerse pormenorizadamente en el estudio de los esquemas de organización de las unidades de producción multinacionales, preparan el camino a los congresistas de AILA, que piden soluciones y facilidades para el desarrollo de sus empresas basados en las dos anteriores presentaciones.

En el orden conceptual, más allá de los perfiles individuales de los informes estudiados, se hace imprescindible llamar la atención sobre la necesidad de aunar en una nueva metodología que resuma los aportes de internacionalistas, civilistas, mercantilistas y economistas, la captación de todos los aspectos inherentes a una nueva forma de empresa, que rebasa las fronteras de un Estado y hace transbordar nuestros esquemas monistas al pluralismo jurídico de nuevas formulaciones. El jurista no puede abandonar esta batalla con la historia.

El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil

FRANCISCO DE ASIS GARCIA SERRANO

Profesor A. de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: *Delimitación del concepto de daño moral.*—I. La doble vertiente del daño jurídico: daño patrimonial y daño no patrimonial.—II. Daño no patrimonial y daño moral.—III. La noción de daño moral.—1) Criterios doctrinales para su determinación.—2) Crítica.—3) Postura que se mantiene.—4) La postura de la jurisprudencia.—*Clases de daño moral. La evolución de la Jurisprudencia Civil de nuestro Tribunal Supremo.*—1) Consideraciones preliminares.—2) Las fases de la evolución jurisprudencial.—A) Primera fase: inadmisibilidad del daño moral.—B) Segunda fase: admisibilidad del daño patrimonial indirecto.—C) Tercera fase: admisibilidad del daño moral, con independencia de posibles repercusiones de tipo patrimonial.—3) Hipótesis rechazadas.—A) Idea general.—B) Supuestos concretos.—*La reparación del daño moral.*—I. El pago de una suma de dinero como reparación de daños morales.—1) Su admisibilidad. 2) Su función.—A) La pretendida función punitiva del dinero de dolor. B) La función compensatoria del dinero de dolor.—C) Función mixta.—D) La postura de nuestra Jurisprudencia.—3) Criterios de estimación de la cuantía del dinero de dolor.—II. La reparación en forma específica.—*La prueba del daño moral. El problema de la legitimación. Dos supuestos específicos.*—I. La ruptura de esponsales y el daño moral.—II. El daño a la memoria del difunto.

DELIMITACION DEL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

I. LA DOBLE VERTIENTE DEL DAÑO JURÍDICO: DAÑO PATRIMONIAL Y DAÑO NO PATRIMONIAL.

Delimitado el daño en sentido jurídico dentro de una esfera más amplia del daño en sentido vulgar (1), aparece claro que aquella noción no puede quedar reducida, en modo alguno, al mensocabo de intereses económicamente valorables.

Esto, que hoy parece evidente, no ha sido un principio admitido

(1) Sobre este punto puede verse la obra de CUPIS, "Il Danno, Teoria generale della Responsabilità Civile", Milano 1951, que dedica las primeras páginas a dicha tarea, aunque ciertamente sin agotar su problemática.

en todo tiempo. De Castro ha puesto de relieve cómo el Derecho codificado ha centrado su atención en la regulación de los bienes económicos relegando a un segundo término toda la problemática de los bienes de la personalidad, y a esta postura se han unido el positivismo jurídico que ha tendido a separar el Derecho de la Moral y el pensamiento capitalista favorable a la eliminación de todo lo no medible en dinero (2). El resultado de todo ello ha sido la elaboración de un concepto restringidísimo del daño jurídico, al que se identificaba sustancialmente con la pérdida económica sufrida o con la ganancia dejada de obtener. A consecuencia de ello, y por estar fuera de lo económicamente valorable que es lo que importaba, la tesis de que la esfera moral de la persona, intangible e inviolable como ésta, quedaba acogida a la exclusiva tutela del ordenamiento Penal, tomó carta de naturaleza (3).

Sin embargo, la superación de esta manera de pensar es una realidad constatable en nuestro días. Se piensa ahora que el Derecho civil debe tender a la íntegra protección de la persona y no limitarla al conglomerado de relaciones en que aquélla aparece como miembro de una familia o titular de un patrimonio. Y si la esfera que se protege no es tan sólo la de lo patrimonial, el concepto del daño jurídico debe experimentar análoga extensión, y referirse tanto al menoscabo de intereses de tipo patrimonial, como al de aquéllos que no tienen tal carácter.

Estas afirmaciones nos enfrentan, ya directamente, con el problema de determinar la naturaleza patrimonial o no del daño. Dos posturas son pensables a la hora de hacer dicha calificación. Atender el carácter patrimonial o no del bien afectado o, por el contrario, centrarse en las repercusiones que el ataque produce en el patrimonio de quien lo sufre.

Un sector de la doctrina (4) se ha inclinado por la segunda solución, calificando de extrapatrimonial aquel daño que no produce repercusión en el patrimonio de quien lo sufre, ni siquiera de modo indirecto. El criterio no parece defendible porque resulta obvio que no puede hacerse una calificación jurídica atendiendo a lo accidental —la repercusión más o menos directa, en este caso, del daño—, y relegando lo fundamental, esto es, la naturaleza del bien

(2) "Los llamados derechos de la personalidad", en ADC, 1959, páginas 1238-1239.

(3) Esta idea, que acuñó GABBA, late implícita en todos aquellos autores que niegan la sanción, por el Derecho Civil, de los daños al patrimonio moral de la persona. Así ARAMBURO ("El problema de la sanción en el Derecho Civil", en RDP, 1917, págs. 65 ss.) y GAYOSO ("La reparación del llamado daño moral en el Derecho natural y en el positivo", RDP, 1918, página 328).

(4) LORO, "Della nozione del danno alla vita di relazione", pág. 475, BONVINCI, "Il Danno a persona, Il danno risarcibile e il suo accertamento", Milán 1958, pág. 117, BORRELL MACÍA, "Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil", Barcelona, 1942, pág. 157, y ROTONDI, "Instituciones de Derecho Privado", Barcelona, 1953, pág. 368.

afectado, a un plano secundario. No debe hacerse así por cuanto que el ataque a un mismo bien puede producir, en casos distintos, repercusiones muy diferentes y parece que un principio de fijeza en la distinción impone rechazar el criterio de calificar el daño atendiendo a sus repercusiones, pues éstas tienen, en buena medida, una extensión imprevisible (5).

Con ello, más que negar el valor que en la práctica tiene la repercusión del daño en el patrimonio de quien lo sufre, lo que hacemos es reducir el criterio a sus justos límites. Y es que la doctrina que ha estudiado los diferentes aspectos del Derecho de daños se ha centrado de tal suerte en el resarcimiento de los mismos que ha desorbitado la importancia, ciertamente grande, de este problema. Así cuando se dice, por ejemplo, que el autor doloso de un daño responderá “de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación” (art. 1.107, párrafo 2.º C. c.), los juristas prácticos se lanzan a investigar todas las repercusiones patrimoniales, más o menos remotas, que el daño haya producido. Y como ha sido frecuente el error de que, por decirlo en los términos de la Sentencia de 10 de julio de 1928, “en tanto no se concreten en la realidad otras relaciones... que las puramente espirituales, no pudo surgir otra valoración que la moral, que es inaplicable, *per se*, en el orden económico”, califican de patrimonial cualquier tipo de daño en que aparezca un germen de repercusión económica, a fin de conseguir lo que verdaderamente les importa: que la condena del culpable lo sea de indemnización de cantidad.

Si todo ello es así, parece más seguro que nos centremos en la naturaleza del bien afectado a la hora de determinar el carácter del daño (6). Como éste es la destrucción o menoscabo de un interés, el carácter del daño debe guardar estrecha conexión con la naturaleza del bien lesionado. Y dado que los intereses pueden recaer sobre bienes patrimoniales o no patrimoniales, el daño tendrá uno u otro carácter según sea de una u otra naturaleza el bien que resulte directa y primordialmente dañado.

II. DAÑO NO PATRIMONIAL Y DAÑO MORAL.

Contrapuestos así daño patrimonial y daño no patrimonial, y en un intento de determinar la peculiar posición que la categoría del

(5) Nos dice VENEZIAN (*“Danno e risarcimento fuori dei contratti*, en *Studi sulle obbligazioni*, 1918, I, pág. 54), que “al igual que la ola que levanta una piedra lanzada al agua desde lo alto se propaga en círculos concéntricos encrespando la superficie tranquila, así se siguen y extienden las consecuencias dañosas del agravio, violando otros derechos más alejados de aquél a quien directamente se oponen”.

(6) En esta línea Cupis (op. cit., pág. 30) y los Mazeaud (*“Derecho Civil”*, parte II, vol. 2.º, *“Responsabilidad Civil”*, Buenos Aires, 1960, págs. 56, 57). Parece mostrarse partidario de tal postura BARASSI (*“Instituciones de Derecho Civil”*, II, Barcelona, 1955, pág. 583) e igualmente LARENZ (*“Derecho de Obligaciones”*, Madrid, 1958, I, pág. 195).

daño moral ocupa, se plantea, como problema previo, el de investigar si deben considerarse como sinónimas estas dos últimas nociones y, caso contrario, delimitar los ámbitos respectivos.

Como dice Rovelli (7), es postura muy extendida la de quienes equiparan las categorías de daño moral y daño extrapatriomial, siendo corriente definir aquél por contraposición al daño patrimonial. Expresamente se pronuncian en tal sentido Forchielli (8), Gómez Orbaneja (9) y Borrell Macía (10). Colasso, por su parte, hace una equiparación tácita de ambas nociones por cuanto que, al señalar que los daños no patrimoniales, son aquéllos que se manifiestan en la esfera del sentimiento" (11), otorga a aquella noción, erróneamente a mi juicio, el mismo contenido que a la de daño moral. En términos similares se pronuncia también Barassi (12). Por su parte, Bonvicini parece incluso dar a la noción de daño moral un sentido más amplio que a la de daño extrapatriomial, señalando que "daño moral, o extrapatriomial en sentido amplio, es aquél que no produce repercusión sobre el patrimonio material, si no es de modo indirecto" (13).

Sin embargo, no parece posible que pueda hacerse, válidamente, una equiparación de tal clase. La persona humana aparece como una unión indisoluble de cuerpo y alma (14), y ninguno de tales componentes tiene valor traducible a términos monetarios, estando fuera de toda unidad de medida. El daño a alguno de ellos tiene pues un acusado carácter extrapatriomial por ser de tal naturaleza dichos bienes, y parece que en buena lógica el daño moral debe ser considerado distinto del atentado físico, sin bien en muchos tipos de daños aparecen estrechamente conexos. Resulta así que construir como sinónimos daño extrapatriomial y daño moral implicaría tanto como adoptar una de estas dos alternativas: o pensar que la parte incluye al todo, lo que sería absurdo, o negar relevancia jurídica a los supuestos de lesión física, lo que sería inicuo.

Si ésto es así, con mucha mayor razón habrá que negar la posibilidad de dar a la noción de daño moral un contenido más amplio que a la de daño extrapatriomial.

Parece pues, que la categoría del daño moral debe considerarse como una parcela de los daños extrapatriomiales. Sólo en un caso ambas tendrán idéntico contenido, y es en el supuesto de daño no-

(7) "Il Risarcimento del danno alla persona", Torino, 1965, pág. 612. En el mismo sentido, CUPPIS (op. cit., pág. 32) y PACCHIONI ("Del Risarcimiento dei danni morali", en Riv. Dir. Civ. 1911, II, pág. 240).

(8) "Responsabilità Civile", Padova, 1968, I, pág. 17.

(9) "La acción civil de delito", en RDP, marzo 1949, pág. 200.

(10) Op. cit., pág. 157.

(11) Cit. por MONTEL en "Problemas de la Responsabilidad y del daño", anotaciones de ROCA JUAN, Alcoy, 1955, pág. 102.

(12) Op. cit., pág. 583.

(13) Op. cit., pág. 260.

(14) DE CASTRO, op. et loc. cits., pág. 1267.

patrimonial a persona jurídica, que es siempre constitutivo de daño-moral. Ello es lógico porque, carentes de cuerpo como la persona física, un ataque de esta naturaleza hecho a aquéllas habrá de traducirse, necesariamente, en un ataque a cosas, con lo que adquiere carácter patrimonial.

Lo que a mi juicio late en el fondo de toda la confusión reinante sobre el tema, se sustancia en un problema de índole lexicográfica y terminológica. La doctrina francesa opuso, como distintas, las categorías del "dommage matériel" y la del "dommage moral", englobando bajo esta última expresión, según nos dice Lalou (15), aquellos daños que, no recayendo sobre intereses económicamente valorables, entran dentro de lo que en nuestro lenguaje es más correcto denominar como daños no patrimoniales.

Este modo de hablar parece justificarse en Francia por la mayor elegancia de tales expresiones pero incluso en dicho país ha sido criticado porque, como señalan los Mazeaud, "tienta a definir el perjuicio material como aquel que afecta al mundo immaterial, incorporal, de los pensamientos y de los sentimientos, siendo así que su sentido es totalmente distinto" (16), y coincide, según ellos, con el defendido por Lalou.

Sin embargo, los traductores y la doctrina que fuera de Francia se han apropiado de dicha contraposición, lo han hecho en ocasiones de modo tan literal que han desvirtuado el sentido correcto que en dicho país se dio, generalmente (17), a la aludida distinción (18). No se ha tenido en cuenta que en múltiples ocasiones expresiones idénticas tienen significados completamente distintos en idiomas diferentes. Ya se dijo que el uso de la expresión "dommage moral", se justifica en Francia por una mayor elegancia de la misma frente a otras expresiones de contenido similar, pero en nuestro país, y lo mismo puede decirse de Italia, el sentido que se da a ambas expresiones debe ser distinto. Daño moral y daño extrapatrimonial no son sinónimos. Es más, como ya hemos dicho anteriormente, aquella expresión es más estricta que ésta.

(15) "La Responsabilité Civile", París, 1932, pág. 82.

(16) Op. cit., págs. 67, 68.

(17) En el error que denuncian los Mazeaud, incurre JOSSERAND ("De-recho Civil", II, 1, Buenos Aires, 1950, pág. 330), que emplea la contraposición aludida en un sentido distinto. Su tesis, por ello, no es sustancialmente incorrecta, pero puede inducir a equívoco, ya que englobando el daño físico dentro del "dommage matériel", y habida cuenta que en la doctrina francesa dominante dicha expresión es equivalente a la de "daño patrimonial", se corre el riesgo de entender que la lesión física se considera patrimonial, cosa que no parece correcta si distinguimos en atención al bien afectado.

(18) Así, por ejemplo, BONASSI ("La responsabilidad Civil", Barcelona, 1958, pág. 80). Esta viciosa terminología ha tenido acogida en alguna Jurisprudencia española. Así en las Sentencias de 14 de noviembre de 1934 (penal) y 9 de diciembre de 1946, reiterada por la de 7 de febrero de 1962. Mejor parece distinguir, como hace la de 2 de diciembre de 1946, los daños morales, de aquellos que "afectan a la pérdida de la vida o integridad corporal".

III. LA NOCIÓN DEL DAÑO MORAL.

1) *Criterios doctrinales para su determinación.*

La categoría de los daños extrapatrimoniales aparece, como hemos visto englobando los daños físicos a la persona humana y los denominados daños morales, y el problema que nos ocupa en este momento es el de delimitar el concepto de daño moral. Examinado el criterio de quienes lo definen por contraposición al daño patrimonial, y apuntadas las razones por las que debe rechazarse dicha postura, examinamos a continuación la sostenida por quienes dan del daño moral una noción más estricta.

Algún autor sigue la tendencia de definirlos mediante el empleo de un sistema de lista (19), pero, como dice Cupis (20), la técnica más corrientemente empleada es la identificación del daño moral con el dolor y los sufrimientos físicos o psíquicos injustamente causados (21), si bien ciertos autores excluyen determinada clase de dolores, exigiendo que en ellos concurren ciertos requisitos. Alvarez Vigaray nos recuerda que Savatier separa del concepto de daño moral los dolores y sufrimientos experimentados a consecuencia de una pérdida pecuniaria, en tanto que Scognamiglio incluye, dentro del daño moral, sólo aquellos dolores que se producen en dependencia de un daño físico a la persona humana (22). Para Pacchioni (23) y Bonassi (24), lo preponderante es que del hecho dañoso se deriven exclusivamente consecuencias no patrimoniales, admitiendo en cambio Bonvicini (25) que las repercusiones patrimoniales del daño son compatibles con la noción de daño moral, si bien exige que tales repercusiones económicas sean indirectas.

Buena parte de la doctrina sigue criterios intermedios. Castán (26), junto a un sistema de lista, pone de relieve el carácter ex-

(19) Así RUGGIERO (*Instituciones de Derecho Civil*, II, 1, pág. 551).

(20) Op. cit., pág. 32.

(21) Así lo hace Loro (op. cit., pág. 475) que habla de "perturbación del ánimo", empleando así una expresión en la que pretende englobar todos los supuestos de daños morales pensables. No resulta, empero, lo suficientemente amplia, puesto que con ella se excluyen los daños morales a las personas jurídicas que no pueden experimentar aquella perturbación. Por su parte, BARASSI (op. cit., pág. 583), equiparando con defectuosa terminología daño moral y daño extrapatrimonial, lo define como "sufrimiento físico o perturbación del ánimo que no es susceptible de valoración económica". COLASSO, por su parte, define el daño moral como "aquel que viene constituido por la repercusión psíquica del acto ilícito; aquel conjunto de dolores, ansiedades y sufrimientos que se manifiestan en la esfera del sentimiento" (Cit. por MONTEL, op. cit., pág. 102).

(22) "La responsabilidad por daño moral", en ADC, 1966, pág. 83.

(23) "Los daños morales consisten en un sufrimiento que no tiene repercusión alguna sobre la entidad de nuestro patrimonio, presente o futuro" (op. et loc. cits., pág. 240).

(24) Op. cit., pág. 80.

(25) Op. cit., pág. 260.

(26) *Derecho Civil*, 1958, III, pág. 117.

trapatrimonial del bien afectado, y la no repercusión del daño, de modo directo, en el patrimonio de quien lo sufre. Puede situarse en esta línea a Minozzi (27), con la salvedad de que no toma en consideración la repercutibilidad económica del acto ilícito, debiendo notarse, por otra parte, que define conjuntamente los daños físicos y los morales, como integrantes que son de la categoría del daño extrapatrimonial.

2). Crítica.

No obstante, y aun cuando todas estas definiciones tienen la común virtud de emplear la expresión "daño moral", en el sentido estricto que parece más propio, presentan puntos de crítica acusados.

El sistema de lista es el que los tiene más evidentes. Se ha reprochado a esta técnica, y siempre con razón, la dificultad de englobar todos los supuestos pensables en un momento dado, y el que, aunque ello fuera posible en algún caso, la lista quedaría pronto superada. Ambos fallos son constatables en las enumeraciones, pretendidamente exhaustivas, de daños morales. Respecto al primer punto, bastaría para comprobarlo el remitirnos a la doctrina que, en Italia y Alemania, han criticado la postura de sus respectivos cuerpos legales por haber limitado, taxativamente, los supuestos de daños morales que se consideran indemnizables. En el Derecho italiano se reducen a los casos de ilícito penal. En Alemania la esfera está menos restringida, y así, al señalar el parágrafo 823, 1.^º del BGB, que está obligado a la indemnización de daños el que dolosa o culposamente lesiona, de modo antijurídico, "la vida, la persona, la salud, la libertad, u otro derecho perteneciente a la persona", cierra la ejemplificación con una expresión amplia en la que tienen cabida otros supuestos no incluidos expresamente en la misma (28).

(27) "Cuando hablamos de daños no patrimoniales nos referimos a daños que no lesionan el patrimonio de la persona. El contenido de estos daños no es dinero, ni una cosa comercialmente reducible a dinero, sino el dolor, el espanto, la emoción, la afrenta, la aflicción física y moral y, en general, una sensación dolorosa experimentada por la persona, atribuyendo a la palabra «dolor» su más extenso significado" (Cit. por MONTEL, op. cit., pág. 102).

(28) La Comisión organizadora de la Academia de Derecho Alemán propuso la adopción de una disposición única que, sustituyendo la normativa dispersa en los párrafos 823, 826, 831, 832 y 839 del BGB, contuviera la declaración general de que aquel que antijurídica y culposamente causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. No obstante, entiende LARENZ (Op. cit., pág. 566), que una disposición de esta clase tendría una contrapartida menos grata, y es que se sentiría la necesidad de proceder a una más estricta fijación de su contenido y a una más neta delimitación. "Lo que primariamente aparece en la historia del Derecho —dice PUIG BRUTAU— es un número determinado de actos ilícitos típicamente señalados. Pero a través de las ficciones y los recursos interpretativos experimentaron una continua ampliación los supuestos en que podía ejercitarse una indemnización por los daños causados. En las legislaciones de tipo francés ha prevalecido la tendencia de confiar al legislador la promulgación de un principio amplio, como en el artículo 1.902 C. c., con lo que de hecho queda confiada al arbitrio judicial la tarea de concretar los supuestos de efectividad del precepto". (*Fundamentos de Derecho Civil*, II, 2, pág. 660).

Por otro lado hay que tener en cuenta que, aun cuando en lo sustancial no cambien, muchos de los supuestos que pueden ser apreciados como daño moral en momento y lugar determinados pueden no serlo cuando varíen aquellas circunstancias de lugar y tiempo que en buena medida los condicionan. En este sentido puede decirse con Forchielli (29) que sólo la vida social puede llenar positivamente de contenido la noción de daño moral. Ello vendrá condicionado por el mayor o menor valor que una determinada sociedad, en un momento dado, pueda dar a los distintos bienes de la personalidad. Pero es que, aun cuando ese valor no cambie y a través del tiempo se repudie siempre el ataque a un determinado bien, lo que en un momento determinado puede considerarse como grave ataque al mismo, en otro puede parecer inocuo.

Resulta también rechazable el criterio de las repercusiones del acto ilícito para calificar el daño, puesto que con el mismo se quita fijeza a la distinción entre lo que sea patrimonial y lo que no tenga tal carácter, y es que, como señalábamos anteriormente, hay casos en que el ataque a un bien extrapatrimonial puede tener repercusiones económicamente valorables e incluso traducirse, de modo reflejo, en un beneficio económico. Brugi (30) ha llegado a decir que es casi imposible un daño material sin algún daño puramente moral e, igualmente, un daño moral que no tenga alguna contrapartida patrimonial. El escaso valor apriorístico que tiene el criterio se reduce aún más si se tiene en cuenta la extraordinaria variabilidad del mismo, y ello porque las consecuencias del daño pueden ser tan diversas como sujetos lo sufren. Para muchas personas un dolor profundo no se exterioriza más allá de su esfera afectiva, en tanto que para otros podrá trascender a otros campos, puesto que resulta pensable que un dolor o una preocupación injustamente causados disminuya nuestra capacidad de trabajo y cristalice, por tanto, en una disminución patrimonial. Nótense, repetimos, cómo de un mismo hecho pueden derivar consecuencias totalmente distintas según el sujeto afectado, y la falta de fijeza del criterio hace aconsejable abandonarlo. Y debe hacerse así porque de otro modo hasta nuestros más sagrados afectos terminarían por llevarse al campo de lo patrimonial.

Tampoco parece válido limitar el daño moral a los sufrimientos o padecimientos físicos o psíquicos o, por decirlo con Loro, a las "perturbaciones del ánimo" (31). El daño no patrimonial comprende la lesión física y el daño moral. Si se quiere llenar por completo aquella primera noción, y puesto que la lesión física parece rodea-

(29) Op. cit., pág. 17.

(30) *Danno Morale*, en Riv. Dir. Comm. 1928, II, pág. 662.

(31) Como dice FROSALI, el dolor parece ciertamente el daño no patrimonial típico, pero no puede decirse que sea el único, ya que se produce un daño moral en todos aquellos casos en que se impide o dificulta la satisfacción de un interés sin disminución de un patrimonio, y es perfectamente pensable que esto se dé cuando de persona jurídica se trata. (Cit. por MONTEL, op. cit., pág. 98).

da de contornos mejor definidos que la del daño moral, no hay más remedio que considerar a este último como una categoría amplia. Considerar que el núcleo del daño moral ha de limitarse al "daño psíquico" o a la "perturbación del ánimo", equivaldría a marcar una brecha entre el daño físico y el daño moral tan raquíticamente concebido, en la que caerían sin protección las ofensas a las personas jurídicas que, carentes de cuerpo físico como el hombre, no pueden padecer tales sufrimientos o perturbaciones (32).

3) *Postura que se mantiene.*

Para determinar la esencia del daño moral, el camino que parece más seguro es el que nos lleva a proceder mediante una serie de aproximaciones sucesivas, incluyendo de modo progresivo los supuestos de límites más claros. En una primera aproximación se centraría el daño jurídico dentro de una categoría más amplia de daño en sentido vulgar. El segundo paso, ya dentro del daño en sentido jurídico, nos enfrenta directamente con la naturaleza del bien atacado, para clificar el daño como patrimonial o extrapatrimonial según que aquél tenga uno u otro carácter. Ya hemos señalado que este criterio parece más seguro que el de quienes determinan la patrimonialidad del daño en atención a las repercusiones más o menos indirectas que el ataque puede ocasionar en el patrimonio de quien lo sufre, y a las razones anteriormente expuestas nos remitimos. Por último, y dentro del ámbito de lo extrapatrimonial, hay que distinguir, cuando de persona física se trata, dos grandes esferas de daño: el daño físico a la persona y el daño moral. A mi juicio, la conceptuación más factible de éste es la que se hace por contraposición a aquél. Daño moral sería, así, el *daño antijurídico, extrapatrimonial y no físico*. Ello delimita, con bastante nitidez, unos claros supuestos de daño moral, singularmente el ataque al honor, entendido en cualquiera de las amplias facetas que admite nuestra Jurisprudencia (33), y puede, asimismo, acoger el "dolor" y la "angustia" que derivan del atentado físico.

No obstante, hay múltiples casos en que la separación de lo físico y lo moral no puede hacerse con claridad. Piénsese que una aflicción grave puede degenerar en una dolencia de tipo nervioso; que una profunda impresión dolorosa puede ocasionar un ataque cardíaco. ¿Dónde termina el daño físico y empieza el daño moral? Quizá podría decirse que éste empieza donde la posibilidad de intervención facultativa termina. Que, normalmente, el daño moral suele ser

(32) Vid. Cupis (*op. cit.*, pág. 32).

(33) Así la Sentencia de 7 de febrero de 1962 señala, en su cuarto Considerando, que "la tutela del honor en la vía civil es amplia, debiendo abrazar todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona", señalando como tales "el honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, etc.".

transitorio, en tanto que el daño físico es más bien permanente (34). Son criterios que pueden usarse como indicios, pero no como reglas generales. Muy probablemente ni siquiera la Medicina pueda dilucidar el interrogante que parece, más bien, una cuestión filosófica.

Tratándose de persona jurídica, y como ya se ha señalado, la noción de daño moral tendrá, necesariamente, la misma extensión que la de daño no patrimonial.

4) *La postura de la Jurisprudencia.*

El examen de una postura jurisprudencial alcanza toda su fecundidad cuando un gran número de sentencias, al incidir sobre un problema concreto, permiten una perspectiva de conjunto que haga posible apreciar criterios, comparar posiciones y, en general, elaborar inductivamente una teoría que pueda tener un valor específico.

Sinceramente creo que ello no sería posible en el punto que nos ocupa. Lo exiguo del número de las sentencias en que nuestra Jurisprudencia civil aborda la problemática del daño moral, se agrava si se tiene en cuenta que sólo una fracción muy minoritaria de ellas tienen por su contenido, un interés doctrinal que justifique su examen. En la mayoría de los casos nuestro Tribunal Supremo no construye una teoría sobre el supuesto, limitándose a resolver, a veces con demasiada concisión, el problema planteado. Por otro lado, hay que tener muy presente que en aquellas sentencias en que el daño moral aparece conexo a una lesión física o a la muerte de una persona, el tratamiento de aquél aparece, cuando se alega su existencia, muy diluido en un conjunto de considerandos que se centran, fundamentalmente, sobre estos últimos supuestos de daño.

De todo ello resulta que la tarea de inducción equivale, prácticamente, a espigar en las sentencias más importantes unas líneas en que se resume, sustancialmente, toda la postura jurisprudencial. Con todo creo que puede resultar interesante que nos detengamos a señalar, siquiera sea brevemente, cuáles son los rasgos básicos en que nuestro Tribunal Supremo nos dice qué entiende por daño moral. En términos generales puede decirse que nuestra Jurisprudencia está en la línea de afirmaciones que contiene el epígrafe anterior, si bien se manifiesta además una clara tendencia a enumerar los supuestos más significativos de bienes protegidos. En resumen, los puntos más importantes en que el Tribunal Supremo se ha centrado para determinar el concepto de daño moral, son los siguientes:

a) Ante todo su carácter extrapatrimonial que, según el criterio que se defendió más arriba, parece venir predicado en razón al objeto a que el daño afecta. La Sentencia de 6 de diciembre de 1912 señala, en efecto, que "la honra y el decoro son cosas que

(34) En este sentido ALVAREZ VIGARAY (op. et loc. cits., pág. 87).

están por encima del comercio humano”, y abunda en este criterio la de 28 de febrero de 1959, al decir que “el daño moral está constituido por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual”, postura reiterada en Sentencia de 28 de febrero de 1964. En idéntica línea parecen inspirarse las de 19 de mayo de 1934 y 2 de diciembre de 1946.

b) Señalábamos antes que aun cuando lo normal es que de una lesión física o muerte derive un daño moral, son contados los casos en que producidos aquéllos se alega éste; pero, incluso en tales supuestos y como ya se dijo, el tratamiento del daño moral aparece relegado a un segundo plano. No obstante hay casos en que no es así, y en dichos supuestos la tendencia es considerar, como daño moral, “el dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima”. Tal ocurre en las Sentencias de 2 de diciembre de 1946, 9 de diciembre de 1949 y 17 de febrero de 1956.

Parece inspirada en criterio distinto la Sentencia de 28 de febrero de 1964, dictada con ocasión del accidente automovilístico sufrido por unos súbditos franceses que realizaban un viaje de turismo por nuestro país. La Audiencia, según se desprende de los Considerandos del Tribunal Supremo, entendió que “los sufrimientos, dolores y ansiedades que tuvieron que soportar aquéllos hasta su estado de sanidad”, eran constitutivos de daño moral. El Tribunal Supremo señaló, en cambio, que “en el presente caso, más que daños morales, lo que el Tribunal *a quo* tiene en cuenta son los dolores y sufrimientos físicos que padecieron los lesionados a consecuencia de los traumatismos y lesiones que les fueron causados en el accidente y hasta que obtuvieron la sanidad, con debilitación de su actividad personal y frustración del viaje turístico que realizaban por España los súbditos franceses reclamantes... *aparte del dolor moral, propiamente dicho, también compensable*”. Se reduce con ello el daño moral a su mínima expresión, tanto que se hace difícil determinar qué sea ese “dolor moral propiamente dicho” a que alude. Y es que si se separan aquí los “dolores y sufrimientos físicos que padecieron los lesionados”, y la “frustración del viaje turístico”, de la noción de daño moral, se corre el riesgo de dejar a esta noción totalmente desprovista de contenido.

c) Es apreciable la tendencia a ejemplificar los supuestos más notables de daño moral. Así, la Sentencia de 28 de febrero de 1959, enumera como tales la salud, el honor y la libertad. La de 7 de febrero de 1962, al referirse al honor, señala que “su tutela en la vía civil es amplia”, debiendo comprender aquella noción “todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona”, y señala como tales “el honor civil, comercial, científico, literario, artístico y profesional”, enumeración que cierra con un *etcétera* altamente sugestivo. Esta doctrina viene reiterada por la Sentencia de 4 de junio de dicho año, al estimar que “el artículo 1.902 del Cód-

go civil comprende, como indemnizables, los daños inferidos por lesiones al honor de una persona, en toda la gama en que pueda ser estimado".

d) Prácticamente las únicas sentencias que definen expresamente el daño moral, son las de 28 de febrero de 1959 y la de 28 de febrero de 1964, que reitera el contenido de aquélla, y que señalan que "el daño moral está constituido por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente en los diversos menoscabos que puedan experimentar, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y otros análogos"; bienes que son, en términos de aquella primera Sentencia, "los más estimados, más frágiles y más cuidadosamente guardados".

Por su extraordinaria elegancia y concisión merece destacarse la definición que la Sentencia de 25 de junio de 1945 hace del honor mercantil, al que conceptúa como "aquel conjunto de cualidades que se resumen en la fórmula de verdad sabida y buena fe guardada que deben ser características del comercio".

CLASES DE DAÑO MORAL

Han sido numerosos los intentos de sistematización de los daños morales que ha elaborado la doctrina; en los párrafos que siguen expondremos los más significativos.

a) Un primer criterio clasificatorio, ya clásico, es el que lleva a distinguir aquellos daños que pudieran denominarse "morales puros", de los llamados "patrimoniales indirectos" o "morales impuros". Los primeros son aquellos que no trascienden de la esfera del sentimiento. Los segundos tienen, en cambio, repercusiones patrimoniales. Naturalmente, adoptar esta distinción supone que, previamente, califiquemos el daño como patrimonial o extrapatrimonial en razón del bien que resulta directamente afectado, y no a sus posibles consecuencias de tipo patrimonial. Así, Bonassi (35), que sigue este último criterio, niega la existencia de los daños morales impuros puesto que, por tener repercusión en el patrimonio de quien los sufre, entran dentro de la órbita del daño patrimonial.

El valor que *a priori* pueda tener esta contraposición es muy limitado, y se debe a que no puede determinarse con carácter general si un determinado daño tendrá o no repercusión en el patrimonio de quien lo sufre. Normalmente las tendrá el atentado al "honor mercantil" o "profesional", por citar ejemplos acogidos en nuestra Jurisprudencia, pero igualmente puede tener tal carácter el daño al "honor civil" (36). Será preciso un examen de cada caso concreto para determinar si el daño moral producido tiene una u

(35) Op. cit., pág. 80.

(36) Véase la Sentencia de 6 de diciembre de 1912.

otra naturaleza. En cambio, la importancia de la distinción se acen-túa de modo considerable a la hora de fijar la cuantía de la indemnización, porque es evidente que, ante un mismo ataque, el juez acordará una indemnización mayor o menor según que el daño haya trascendido o no, respectivamente, al patrimonio de quien lo sufre.

Resulta muy ilustrativa en este punto la comparación entre las Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y 7 de noviembre de 1919. Ambas contemplaban un supuesto idéntico: tratábase de sendos casos de difamación divulgados por medio de la prensa periódica; también en ambos casos el periódico había desmentido espontáneamente la noticia con los pronunciamientos más favorables. Planteados los asuntos ante el Tribunal Supremo, la presencia en el primer caso de unos *previsibles* quebrantos de tipo patrimonial, que no se apreciaban en el segundo, le mueven a acordar una indemnización muy superior (150.000 ptas., frente a 20.000 en el segundo), y ello aunque en el segundo supuesto el descrédito llegó incluso a manchar la honorabilidad de una persona de sangre real (37).

La distinción a que nos venimos refiriendo ha tenido expresa acogida en nuestra Jurisprudencia. Así, la Sala segunda de nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de noviembre de 1934, diferenció, dentro de una noción amplia de daño moral, aquéllos que "aminorando la actividad personal debilitan la capacidad para obtener riquezas", y a los que denominaba "daños morales indirectamente económicos", de esos otros que "constituidos por el simple dolor moral... no trascienden a la esfera patrimonial". En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia (civil) de 28 de febrero de 1964, que acoge esta distinción después de haber apuntado que la noción de daño moral viene determinada por el bien a que directamente afecta (38).

b) Por su parte Gabba, examinando la jurisprudencia de su época, distingue dentro de los daños extrapatrimoniales, las ofensas al cuerpo, las ofensas al decoro de una persona, quitar o disminuir beneficios que una persona tiene derecho a esperar de otra en virtud de una ofensa corporal o de un daño patrimonial causado a este último, y las aflicciones morales o padecimientos del ánimo causados por cualquier clase de ofensas a la víctima directa de éstos, o a "las personas a ésta pertenecientes" (39).

(37) Parece indudable que si esa persona que resultó también ofendida hubiera sido la que solicitara la indemnización del daño, la cuantía de la reparación hubiera sido mayor. (Vid. infra "Criterios de estimación del dinero de dolor").

(38) En términos similares, si bien poco precisos, se pronuncia Loro al distinguir entre un *daño no patrimonial subjetivo*, representado por la angustia, el dolor, la preocupación, el sufrimiento por la muerte de un pariente o el dolor físico o psíquico, y un *daño no patrimonial objetivo*, que viene representado por el socorro perdido, afectivo y material, del esposo difunto (op. cit., pág. 117).

(39) Cit. por BORRELL MACIÁ, op. cit., pág. 157.

Esta sistematización no obstante, y pese al buen sentido de separar el daño físico, el moral puro y el patrimonial indirecto, adolece de un defecto que parece sustancial. Y es que "quitar o disminuir beneficios", a consecuencia de un "daño patrimonial causado", no parece que deba incluirse, válidamente, en una sistematización de daños morales.

c) Mejor construida resulta la clasificación que hacen los Ma-zeaud (40) que distinguen, dentro de los daños morales, los que afectan a la *parte social del patrimonio moral*, y atacan al individuo en su honor, reputación y pública estimación, de aquéllos que atañen a la *parte afectiva del patrimonio moral*, que lesionan los sentimientos y afectos del individuo. Para ellos, los primeros suelen ser casi siempre morales impuros, en cuanto que normalmente van acompañados de perjuicios de tipo patrimonial. Los segundos en cambio, y en la mayoría de los casos, no implican menoscabo de dicha índole.

Dentro de los daños que afectan a la parte social del patrimonio moral, podríamos subdistinguir los que afectan a la *vida de trabajo*, de aquéllos otros que lo hacen a la *vida de relación*. Esta categoría engloba manifestaciones tan diversas que parece preferible definirla negativamente, por contraposición a aquélla que es más estricta. Como dice Angelotti (41), "el ser humano representa una suma de energía física-psíquica que se manifiesta sólo parcialmente en el sector productivo, incidiendo en cambio, largamente, en otros campos de la vida social y espiritual". Puede decirse con Gentile (42), que todo aquéllo que está fuera de la vida de trabajo se identifica, aproximadamente, con la vida de relación.

Todavía dentro de la vida de relación (43), distingue Loro (44), entre la *vida de relación de tipo primitivo*, basada en la relación del hombre con el mundo externo en lo que se refiere a la satisfacción de sus necesidades fundamentales, de la *vida de relación de tipo asociativo*, que abarca el complejo de relaciones del hombre dentro del marco de la sociedad moderna, y que constituye para él la vida de relación propiamente dicha.

Recusani (45) por su parte, y desde otro punto de vista, señala que en la vida de relación hay tres aspectos que pueden ser concorrentes y que son, el *aspecto recreativo* que en su opinión es indiferente para el Derecho; un *aspecto con reflejo patrimonial*, susceptible de ser valorado como daño patrimonial en caso de lesión y, fi-

(40) "Traité de la Responsabilité Civile", 1957, I, págs. 378 ss.

(41) Cit. por MONTEL, op. cit., pág. 111.

(42) Cit. por MONTEL, op. cit., pág. 109.

(43) La doctrina ha discutido en Italia la naturaleza del daño a la vida de relación. BONASSI (op. cit., pág. 80) le da carácter patrimonial. BONVICINI (op. cit., pág. 116) cree que puede tener uno u otro carácter según los casos, y hay incluso quienes configuran el daño a la vida de relación como un "tertium genus" respecto a las dos categorías tradicionales de daños patrimoniales y extrapatrimoniales. (Vid. BONVICINI, op. cit., pág. 116).

(44) Op. cit., pág. 477.

(45) "La valutazione del danno patrimoniale", en Resp. Civ. Prev. 1964, 3..

nalmente, el que *satisface las necesidades espirituales de la persona*, que tienen un benéfico influjo en las esferas familiar y social y cuya lesión constituye un daño no patrimonial.

LA EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL DE NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO

1) *Consideraciones preliminares.*

La admisibilidad por parte de nuestro Tribunal Supremo de la posibilidad de indemnizar pecuniariamente los daños morales es hoy una realidad incuestionable. Se ha superado con ello una visión excesivamente patrimonializada del Derecho civil, pensándose que la tutela íntegra de la persona puede y debe acogerse a la esfera civil y privada, y no limitarla a una protección penal y pública que marginaría múltiples supuestos que se revelan como dignos de protección (46). Conviene destacar en este punto que el "injusto" penal no agota la parcela del "injusto" jurídico. El Derecho penal acoge ciertamente los supuestos más graves de daño, pero es claro que los mismos sólo constituyen una parte de la noción, más amplia, del daño jurídico. Si a esta consideración se une aquella visión materialista del Derecho civil, en otro tiempo dominante, se explica perfectamente que entre ambos ordenamientos haya mediado un vacío, una solución de continuidad. Es la zona constituida por aquel conjunto de supuestos que, no siendo tan graves como para justificar su castigo por el ordenamiento Penal, y no pudiendo traducirse a términos monetarios para acogerse a la órbita del Derecho civil, quedaban por ello sin sanción (47).

Es claro que si el ordenamiento jurídico debe tender a la total

(46) Nos dice CUPIS (op. cit., pág. 34) que, por resultar obvia, la tutela de los bienes extrapatrimoniales por el Derecho Público nunca ha sido discutida, pero buena parte de la doctrina entendió que tal tutela debía ser exclusiva de dicho ordenamiento. Singularmente GABBA (Cit. por BORRELL MACIÁ, op. cit., pág. 157) que afirma que los derechos de la persona humana, intangibles e inviolables como ésta, no se acomodan a la protección civil, sino que constituyen objeto de tutela exclusiva por el Derecho Penal.

(47) Señala DE CASTRO (op. et loc. cit., págs. 1268 ss.) que "la vieja y continuada enemiga de los romanistas contra la protección de la persona en Derecho Privado... parecía haber triunfado en España. Afortunadamente, si bien es cierto que los prejuicios de escuela retardan el progreso científico, la verdad es que nunca han logrado detenerlo de modo definitivo. En nuestro caso aparecía en la forma extrema de denegación de Justicia. Los daños causados a los bienes personales quedarían sin indemnización cuando la culpa o negligencia no eran penadas como delito o falta". La superación de esta forma de pensar corrobora la afirmación de Quintano ("Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico de daño", RDP, 1949, pág. 866) de que "el Derecho Civil tiende irresistiblemente a *humanizarse* en un sentido ético, psicológico y social, lo que de forma fatal lo aproxima a la técnica *pan-humana* propia del Derecho Penal... Su macizo materialismo, de estirpe romana, ha sufrido, y sufre continuamente sensibles brechas".

protección de la persona debe eliminar esas "zonas grises" que impiden la realización de aquella finalidad, lo que puede hacerse perfectamente extendiendo la órbita del Derecho civil mediante la "fuerza expansiva" que le caracteriza. En el supuesto que nos ocupa, ello puede hacerse perfectamente sin necesidad de modificación alguna en su articulado. Basta simplemente entender el artículo 1.902 C. c. en los mismos amplios términos en que está redactado, no limitando su contenido a los daños patrimoniales. No es obtáculo para ello el artículo 1.106 C. c., puesto que el mismo no contiene una *definición* del daño a la que deba quedar atado el intérprete, sino simplemente un modo de determinar la cuantía de la indemnización cuando los daños tienen una realidad apreciable de modo material y tangible y ello, obviamente, no ocurre cuando de daños morales se trata, lo que explica que en tales casos los Tribunales fijen, de modo prudencial, el importe de aquélla (48).

Parece claro que en la mente de nuestro legislador no se tuvo en cuenta más que el daño de carácter patrimonial (49), pero, en cualquier caso, la amplitud de la expresión empleada permite llenarla de un contenido acorde con las exigencias, siempre cambiantes, que la vida social impone. Por decirlo con un razonamiento de nuestro Tribunal Supremo, "siendo como es la ley, naturalmente estacionaria como precepto escrito, los tribunales son los que mediante las generales normas de interpretación que establece, inspirándolas en los dictados de la razón y de la equidad, y sobre todo en los principios informantes de la ley, lleva a efecto esta evolución jurídica al ritmo, siempre cambiante, de las nuevas necesidades de la vida y los progresos de la ciencia". (Sentencia de 10 de julio de 1928).

Que todo esto debe ser así lo entendió nuestro Tribunal Supremo cuando dio entrada a la indemnización de los daños morales. A esta conclusión, no obstante, no se llegó sino merced a una evolución progresiva. Raramente los Tribunales de Justicia pueden acoger, "ex novo", unos principios y criterios que la doctrina dominante combate, porque la Jurisprudencia, en su tarea de aplicar e interpretar la ley, se auxilia decisivamente, y en ocasiones de modo exagerado, de las tesis y puntos de vista sostenidos por aquélla, adoleciendo en muchos casos de idénticos defectos y prejuicios. En este caso el error consistió en interpretar restrictivamente el contenido

(48) El principio se contiene en la Sentencia de 19 de mayo de 1934, pero late implícito en las de 6 de diciembre de 1912, 7 de noviembre de 1919, 31 de marzo de 1930, 17 de mayo de 1934, 24 de diciembre de 1941, 2 de diciembre de 1946 y 7 de febrero de 1962.

(49) GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias y Comentarios*, no se plantea siquiera el problema y, según parece, tampoco lo tuvo en cuenta la codificación francesa. Véase en este sentido la obra de Mazeaud, *Derecho Civil*, cit., pág. 69. Con todo, hay preceptos en nuestro Código en que late palpablemente su existencia, así en los arts. 99 y 1.968, 2º. Ciertamente se excluye su indemnización en el art. 44 relativo a la ruptura de espousales, pero ello no impide la posible aplicación del art. 1.902 C. c.

del artículo 1.902 C. c., olvidándose que donde la ley no discrimina no hay razón para que lo haga el intérprete (50).

2) *Las fases de la evolución jurisprudencial.*

Hechas estas consideraciones de tipo general, pasamos ahora a ocuparnos del estudio de la evolución que, en punto a la indemnización de los daños morales, ha experimentado nuestra Jurisprudencia civil. En ella pueden distinguirse tres etapas bien delimitadas:

A) En la primera no se admite la posibilidad de indemnizar pecuniariamente el daño moral.

B) En la segunda se indemnizan aquéllos supuestos de daño moral en cuanto producen repercusiones de tipo patrimonial. Más que el daño moral, lo que verdaderamente se sanciona es el patrimonial indirectamente causado.

C) Finalmente, se admite la indemnización de los daños morales puros, con independencia de las posibles repercusiones patrimoniales que de los mismos deriven. Su admisión se inspira, además, en criterios de amplitud.

A) *Primera fase.*

En sus anotaciones a la obra de Montel, observa Roca Juan que la postura contraria a la indemnización pecuniaria del daño moral, que contenía la Sentencia de 6 de diciembre de 1882, motivó un agudo comentario de Alcubilla en su "Diccionario". Se plantea en él, en efecto, la cuestión de que "si el honor no es valorable, tampoco es valorable la vida; y si se acuerda la indemnización de perjuicios a la viuda y a los hijos del que ha sido víctima de un homicidio, ¿por qué no acordarla también al perjudicado por el delito de injuria o calumnia? El comentario intuye —dice Roca, y por eso lo trae a colación— la equiparación en la indemnización por daño al honor, con el que se traduzca en lesión o muerte de una persona; equiparación que se funda en que, en ambos casos, el daño afecta a un bien que no tiene carácter patrimonial, por no ser susceptible de traducción a términos monetarios (51).

No obstante, aún el Tribunal Supremo se reafirmará en su postura. Así, la Sentencia de 11 de marzo de 1899 desestimó la indemnización del daño moral, señalando expresamente que "los disgustos no son indemnizables". Por otra parte, y planteado en ella el problema de la compensación por razón de la enfermedad sufrida por el recurrente, se ocupa única y exclusivamente de los gastos causados por

(50) En tal defecto incurrió ARAMBURO (op. et loc. cits., pág. 66) que, después de afirmar rotundamente que la ley "no reconoce más daños que los pecuniarios", se lamenta de que "este restringidísimo concepto del daño... priva de toda espiritualidad a la institución y la dota de un carácter groseramente injusto en que no entra, ni en la más leve proporción, el valor psíquico del Derecho".

(51) Anotaciones a la obra de MONTEL, cit., pág. 104.

aquéllea, y los desestima "por no haberse probado que fuera causada por la venta de tales bienes" (52). Se margina así de sus considerandos, cualquier referencia a los dolores y sufrimientos que la enfermedad indudablemente acarreó.

Queda claro con todo ello que, como dice Roca, la dificultad en admitir la indemnización del daño moral la ve nuestra Jurisprudencia en que, "no siendo valorables, no es posible fijar la cantidad en que consista el perjuicio". (Sentencia de 6 de diciembre de 1882).

Esta postura jurisprudencial bien merece un comentario. Hemos señalado anteriormente, que la patrimonialidad del daño debe predicarse única y exclusivamente en razón de la naturaleza del bien afectado, y no de las repercusiones que el ataque pueda producir. Parece claro que la categoría de los daños extrapatrimoniales, tratándose de persona natural, se compone de los diferentes supuestos de "dannum in corpore", y de los daños morales. Señalamos con Roca cómo el comentario de Alcubilla permite poner de relieve que, recayendo los daños sobre un bien extrapatrimonial en ambos casos, no se explica la diferencia de trato que en nuestra Jurisprudencia se hace de los daños físicos y los morales, indemnizando aquéllos y no éstos. Un análisis comparativo de ambos tipos de daño creo que puede mostrar, con toda claridad, que dicha discriminación no tiene razón de ser.

Se ha sostenido desde antiguo que la persona humana no es susceptible de valoración económica. El principio "cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recepit aestimationem" (53), tiene plena vigencia actual. La dignidad de la persona humana no permite valorar en dinero su cuerpo, y las razones de toda índole que abonan esta afirmación son tan evidentes que excluyen cualquier posible comentario que podamos hacer aquí.

Sin embargo, es cosa muy diferente, y por eso resulta perfectamente compatible con esa "inestimabilidad" que caracteriza a la persona, el que el sujeto dañado en su físico tenga derecho a una indemnización pecuniaria. Nuestra Jurisprudencia admite la indemnización del daño físico y desde luego, el que se traduzca en muerte de la persona porque, con buen sentido, parece entender que el daño y su reparación se sitúan en planos distintos (54). Es claro que no

(52) Tratábase en ella de la venta de los bienes de un depositario Municipal, en virtud de expediente de apremio seguido por el Ayuntamiento y declarado ulteriormente nulo por el Ministerio de la Gobernación y a consecuencia del cual, según declaró dicho depositario, sufrió el consiguiente disgusto y padeció una enfermedad.

(53) Digesto 7, 9, 3.

(54) Así lo reconoce BRASIELLO (*"Limiti della responsabilità per danni"*, Torino, 1936). En cambio, BALESTON (*"De la protection de l'interet moral"*, París, 1906, pág. 58) parece situarlos en el mismo plano al afirmar que "es un equilibrio que hay que restaurar. Ante la víctima se pondrá una cantidad de dinero que aumentará pieza a pieza hasta que llegue a ser indiferente a su dolor". Ni que decir tiene que su opinión es indefendible. Del estudio que FEDERICO DE CASTRO ha dedicado a *"La indemnización por causa de muerte"*,

se trata de que el miembro perdido haya de pesarse en moneda, recibiendo el sujeto dañado su equivalente. Recuérdese el conocido episodio de "El Mercader de Venecia", en que el judío Shyloc pretende que Antonio nivele con su propia carne el peso que le falta para completar la deuda. Ciertamente no puede decirse que sea éste el criterio que guía a nuestra Jurisprudencia. Y si esto es indudable, ¿cuál es el criterio decisivo?

No parece posible afirmar válidamente que nuestros Tribunales, al menos en esta fase de que nos ocupamos, hayan venido movidos por la consideración de que el autor del daño deba ser castigado. Aun a riesgo de adelantar ideas que serán desenvueltas con mayor amplitud, conviene que señalemos ahora que resucitar la vieja pena privada sería tanto como ir en contra de la normal evolución del ordenamiento. Esta arcaica institución vio la luz en un marco histórico y social muy peculiar. Alteradas las circunstancias que determinaron su aparición, la cantidad que se entrega pasa a considerarse más como indemnización que como pena, hasta el punto de que las primitivas escalas consuetudinarias de sanciones, pasaron a ser sustituidas por el establecimiento judicial a la vista de las circunstancias de cada caso en concreto. Que la idea de indemnización terminó siendo la predominante parece seguro. Ciertamente el sujeto condenado al pago de la cantidad se ve en cierto modo *castigado*, pero claro es que este modo de pensar nos llevaría a admitir que toda norma jurídica que nos supusiera desventaja implicaría una pena, y eso sería llevar la institución demasiado lejos.

Y no puede admitirse, además que de pena privada se trate porque, sancionándose el daño físico, no habría ninguna razón que excluyera la posibilidad de sancionar el daño moral.

Que se trata de una verdadera y propia indemnización parece, pues, evidente. Sin embargo, tampoco en este caso hay ninguna razón válida que justifique el trato discriminatorio. Pudiera pensarse que la lesión física disminuye o extingue la capacidad de trabajo del sujeto, dificultando o suprimiendo su posibilidad de obtener bienes materiales y, como en esta fase que nos ocupa, no se alega perjuicio patrimonial alguno que se derive de un daño moral, el Tribunal Supremo hace bien en desestimar su indemnización.

en ADC, 1956, págs. 449 ss., puede deducirse que siempre que se ha negado indemnización por "dannum in corpore", era por situarse en el mismo plano el daño y su indemnización. Así, por ejemplo, GROCIO justificaba la tesis negativa en la imposibilidad de restituir lo perdido y de evaluar el daño (pág. 454), prejuicio éste en el que participa Silvela. Desde Puffendorf, nos dice DE CASTRO, el principio de que el daño causado por la mutilación de un miembro es irreparable porque no se puede poner precio al miembro mismo, cuyo valor no se puede igualar con todo el dinero del mundo, empieza a diluirse, en cuanto que se admite que un daño, en sí irreparable, pueda originar acción para que se indemnice el perjuicio sufrido. Si esto es así en el supuesto de mutilación, lógicamente se impone dar otro paso adelante: si no se puede devolver la vida, se deben abonar los perjuicios causados a la víctima (páginas 481, 482).

Sin embargo, que este modo de pensar no resulta defendible, lo demuestra con claridad la Sentencia de 10 de julio de 1928, que contempla el supuesto de la pérdida de la vida de una niña de cortadedad a consecuencia de un atropello. El Tribunal Supremo deniega el recurso elevado por el dueño del automóvil, que sostenía que "dado que la niña no era factor de producción en la economía familiar, pues consume, pero no crea ni transforma", no podía ser condenado más que al pago de "los gastos ocasionados a los padres a consecuencia del accidente". El Tribunal Supremo, apreciando que es de equidad la indemnización pedida, entiende que "no existiendo términos hábiles para demostrar *a priori* el valor de la vida (1) de la niña Pilar Pascual porque, tratándose de una niña de nueve años su capacidad productora no había llegado a ponerse en acto", la cuantía de la indemnización "no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva", sino que el tribunal sentenciador "habrá de fijarla de modo prudencial", y atendiendo "a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social".

De todo ello resulta claro que no es posible argumentar en torno a ese criterio de la perdida capacidad para obtener bienes materiales. ¿Qué otros criterios influirían para negar la indemnización del daño moral? ¿Pesaría la idea de que los valores morales intangibles e inviolables como la persona humana, debían someterse a la tutela exclusiva del ordenamiento Penal? ¿Se estimó quizás que el dinero y el honor no eran paragonables? No puede saberse pero, en cualquier caso, ninguno de esos planteamientos resultan decisivos para negar la indemnización del daño moral, toda vez que tales objeciones se hubieran podido aplicar, igualmente, a la indemnización por daño físico (55).

No obstante, quizás aquel argumento de la pérdida de la capacidad para obtener bienes materiales debió pesar considerablemente a la hora de acordar la indemnización. Conviene señalar aquí que en Sentencia de 27 de abril de 1953, el Tribunal Supremo mantuvo la tesis de que "resulta indudable que, salvo casos excepcionales que exigen

(55) Ya se ha dicho que en aquellos supuestos en que el daño moral aparece conexo a un daño físico, el Tribunal Supremo diluye considerablemente aquél para dar toda su importancia a éste. En tal caso, la indemnización que se concede es única, y se entiende que en ella se engloban las cantidades a percibir por ambos conceptos. Véase en este sentido el contenido de las Sentencias de 14 de diciembre de 1884 y la de 10 de julio de 1928 a que nos acabamos de referir. Excepcionalmente, la Sentencia de 24 de febrero de 1964 separa ambos conceptos de indemnización. En líneas generales, señala DE CASTRO (*"La indemnización..."*, cit., pág. 482), que "no es de extrañar que vayan unidas la negativa de la indemnización por homicidio y la repugnancia hacia la indemnización de los perjuicios morales". Por lo que a nuestra Jurisprudencia se refiere, hay que decir que la cosa llegó más lejos. Admitida prontamente la indemnización por causa de muerte, a la que se llega "de modo natural, y sin pararse a dar ninguna especial justificación" (pág. 488), nuestro Tribunal Supremo tardará aún en indenmnizar los daños morales.

prueba en contrario, la muerte de un hijo ocasiona un evidente perjuicio a sus padres, que ven desaparecer por esta causa el auxilio que les prestaba o *podía prestarles más adelante*”. Y no deja de ser sintomático que la primera vez que nuestro más alto Tribunal acuerda una indemnización de daño moral, éste era de tal naturaleza que “siempre privaría al ofendido de bienes de orden temporal” (Sentencia de 6 de diciembre de 1912).

B). Segunda fase.

La Sentencia de 6 de diciembre de 1912 constituye, por sí sola, una etapa de la evolución de nuestra jurisprudencia Civil en orden a la indemnización del daño moral. Pese a ciertos defectos apreciables en ella, no cabe duda de que su importancia es fundamental. Su análisis hace necesario resumir los supuestos de hecho que la motivaron, y las vicisitudes de las sucesivas instancias. De ello nos ocupamos seguidamente.

En noticia publicada el 21 de septiembre de 1910, el periódico “*El Liberal*”, dio cuenta de la pretendida fuga del fraile Capuchino Fray Fulgencio Novelda, con la joven de quince años María Josefa Mussó Garrigues, de la que había tenido escandalosa sucesión tres meses antes. Sorprendidos a la entrada de Lorca por un tío de la citada señorita, el religioso, siempre según el citado diario, puso fin a su vida.

Resultando falsa la noticia, y pese a desmentirla “*El Liberal*”, de modo espontáneo y a grandes titulares, el padre de la ofendida, que era a la sazón Alcalde de Totana, demanda al director del periódico y a la entidad editora del mismo, solicitando del primero, y subsidiariamente de la segunda, “una cantidad no menor de 150.000 pesetas” como indemnización por los daños y perjuicios causados al honor y buena fama de su hija. Y lo hace porque, aun cuando “tales hechos fueron reconocidos después como falsos por el mismo periódico”, ya se había causado “el daño irreparable de manchar la honra de la joven, esparciendo la cruel injuria”.

Los demandados se opusieron a la demanda alegando, sustancialmente, el contenido de la Sentencia de 6 de diciembre de 1882 —referente, asimismo, a un atentado al honor—, y la no demostración del daño pretendidamente causado. Se hacía notar también que el concepto civil del daño se refiere al valor de la pérdida sufrida y ello no podía en modo alguno apreciarse en tal supuesto, ni siquiera en términos aproximados por referirse al honor, estimando que hubiera sido necesario que la señorita Mussó hubiera perdido a consecuencia de las noticias publicadas la cantidad que se reclamaba.

En primera Instancia se condenó al pago de la citada cantidad al director del periódico así como a la publicación de la sentencia condenatoria en la primera plana de “*El Liberal*”, en dos diarios de Madrid y otros dos de Murcia, condenando igualmente a aquél al pago de las costas.

La Audiencia condenó a ambos demandados y, entablado recurso de casación, es desestimado por el Tribunal Supremo. Los considerandos en que éste basó su fallo constituyen una acabada elaboración jurisprudencial de la doctrina de la indemnización por daño moral; su contenido puede resumirse, básicamente, en los siguientes puntos:

a) La afirmación de que “la honra, el honor y la fama de una mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada”, puesto que, aparte de que con ello se la incapacita “para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico”, el daño sufrido es de naturaleza tal que, “de no precaverse o corregirse, privarían siempre al ofendido de bienes de orden temporal”.

b) Teniendo en cuenta esta última afirmación, el Tribunal acuerda su indemnización, si bien “la apreciación de los daños causados como consecuencia de los morales, en el orden material, no puede diferirse... hasta que el tiempo manifieste cuántos y cuáles, de esta clase, se hayan producido; porque sucedería que algunos se realizasen... después del escaso plazo que la ley concede para pedir la indemnización... de tal suerte que ésta quedare ilusoria”.

c) No obstante, y reconociendo la inexistencia en el Código civil de un precepto que, amparando la esfera moral de la persona, sancione su lesión, entiende que, al acordar la reparación “no confunde las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería preciso se declarase, en disposición abstracta o de carácter general, algún derecho nuevo, cosa que no ocurre aquí porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son más elementales de Justicia universal se limita, como intérprete de la ley, a explicar principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya *preexistentes* (subrayado en la Sentencia), que definen el daño en su diversas manifestaciones”.

Esos *principios preexistentes* a que alude la Sentencia, son los contenidos en la ley 21 del título IX de la partida 7.^a (56), que, pese a estar expresamente derogadas por el Código civil, “es ley cuya aplicación ha sido tradicional en España”. “El Tribunal —dice De Castro— no las considera vigentes; se refiere a ellas porque manifiestan principios vivos en el Derecho español que sirven para interpretar y completar las leyes.. Son los principios generales del Derecho que han de aplicar los Tribunales, en defecto de ley o de costumbre, por mandato del artículo sexto del Código civil” (57).

(56) “...por las razones de suso dichas, tenemos por bien e mandamos, que cualquier que reciba tuerto o deshonrra, que pueda demandar emienda della de vna de estas dos maneras, qual mas quisiere. La primera, que faga el que lo deshonro, emienda de pecho de dineros. La otra es manera de acusación, pidiendo que el que le hizo el tuerto, que sea escarmentado por ello, :segund aluedrio del Juzgador”.

(57) “*La protección de la persona...*”, cit., pág. 1270.

d) Se pregunta el Tribunal cómo será posible valorar un daño inmaterial, y soluciona la cuestión contestando que ello se hará mediante “una indemnización pecuniaria que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de bienes... que están por encima del comercio humano, y que sólo quien los pierde puede apreciar en todo su valor”, es, al fin y al cabo, la reparación “que más se approximá a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó”.

e) Y ya hemos señalado cómo esos daños morales “llevan consigo, como consecarios naturales y lógicos... daños materiales y sociales”. Por eso entiende que estamos ante un supuesto “completamente distinto”, del contenido en la Sentencia de 6 de diciembre de 1882”, ya que ésta, “dictada en asunto puramente criminal, se refiere al *simple honor en sí mismo*”(58), al que parece calificar de “derecho ideal, sin práctica realidad”, siendo así que, en el supuesto que nos ocupa, el daño moral trae, en pos de sí, “daños materiales” que “privarían siempre al ofendido de bienes de orden temporal”.

f) Como la cuantía de la indemnización no puede sujetarse a una prueba objetiva, “a nadie más que al tribunal sentenciador corresponde fijar su importe de modo prudencial, atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social”, apreciación ésta “tampoco infringida” por los tribunales inferiores, sino que “confirma la ley tradicional” (59).

No se trata de realizar, en estas líneas, un estudio a fondo de la Sentencia que nos ocupa. Hacerlo así, y puesto que la misma contiene prácticamente toda la doctrina jurisprudencial sobre la indemnización del daño moral, sería traer a colación puntos y problemas que serán desenvueltos más adelante. Lo que se intenta aquí es, sin negar el notable valor de la Sentencia, reducirlo a sus justos límites, determinando el papel que en la evolución de nuestra jurisprudencia ocupa.

En sus anotaciones a la obra de Montel, señala Roca Juan (60) que la sentencia a que nos venimos refiriendo viene a ser “un punto de arranque en la configuración del resarcimiento por daño moral”, y su afirmación es certera. Es la primera vez que, planteándose ante nuestro Tribunal Supremo un supuesto en que el daño moral aparece desconectado a un daño físico, el citado órgano jurisdiccional acuerda su indemnización.

Sin embargo, ¿puede afirmarse que esa indemnización se otorgue

(58) El subrayado es mío.

(59) “...deue estonce preguntar el juzgador al quereloso por quanto non querria auer recibido aquella deshonrra; e desque la ouire estimado, el deue mirar qual fue el fecho de la deshonrra, e el lugar en que fue fecha, e qual es aquel que larecio, e el que la fizoo. E catadas todas estas cosas, si entendiere que la estimo derechamente deuel mandar que jure, que por quanto estimo la deshonrra, que la non querria auer recibido, e desque la ouiere juzgado, devela juzgar, e mandar al otro que le peche la estimacion. E si el juzgador entendiere que la aprecio a demas, deuedela templar segund su aluedrio...” (Partida 7.^a, Tít. IX, ley XXI).

(60) Op. cit., pág. 104.

en consideración al daño moral en sí? ¿No parece más bien que lo que se indemniza pecuniariamente es el daño patrimonial indirectamente causado?

A mi modo de ver, el análisis detenido de la Sentencia permite separar, con bastante nitidez, dos tipos de daños que aparecen en estrecha conexión con el acto antijurídico. De una parte, el indudable daño moral que en la ofendida produjo la noticia difamadora. De otra, las repercusiones patrimoniales que de la misma derivarían “de no precaver o corregir el daño”. Paralelamente a estos dos tipos de daño aparecen dos formas de reparación: la primera representada por esa forma de reparación en específico que supone la publicación de la sentencia condenatoria en diarios; la segunda, por la condena al pago de la indemnización pedida. Investigar cuál sea el daño preponderantemente tenido en cuenta, nos permitiría determinar también el verdadero valor de la Sentencia, así como el puesto que ocupa en la evolución experimentada por nuestra Jurisprudencia en orden el punto que estudiamos. Y parece fuera de dudas que lo preponderantemente tenido en cuenta ha sido la existencia indudable de unos perjuicios de índole patrimonial, conexos a ese atentado al honor.

Creo que puede entenderse así porque las afirmaciones de que “la honra, el honor y la fama de una mujer, constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que pueda padecer en una sociedad civilizada”, y que pudieran parecer inspiradas en una concepción más espiritualista del Derecho, quedan pronto desvirtuadas. El padre de la injuriada, en efecto, viene a señalar en la demanda que con la publicación de la noticia infamante se habían entorpecido, extraordinariamente, las indudables posibilidades que la ofendida tenía de contraer ventajoso matrimonio, solicitando una indemnización, “no menor de 150.000 pesetas” a fin de paliar, en lo posible, aquella dificultad. El Tribunal Supremo parece admitir su razonamiento al señalar que “tales daños llevan consigo, como consecuencias naturales y lógicas, otros daños, esto es, los materiales y los sociales” y, “a no precaverlos o corregirlos, privarían siempre al ofendido de bienes de orden temporal”.

Y es precisamente por la repercusión de los daños morales en los planos material y social, y en última instancia en el patrimonio de la ofendida, que acuerda su indemnización, si bien, y en contraste con la postura que luego mantendrá, *obiter dictum*, en la Sentencia de 10 de julio de 1928, “no aguarda hasta que el tiempo manifieste cuántos y cuáles —de esta clase— se hayan producido”. Que ello es así se confirma porque, al explicar la postura mantenida en la Sentencia de 6 de diciembre de 1882, señala que la misma se refería “al simple honor en sí mismo”, al que viene a calificar prácticamente como “derecho ideal, sin práctica realidad”, y constituye un “supuesto esencialmente distinto” del que en ella se debate, puesto que, en

Éste caso, se trata de unos daños que “privarían siempre al ofendido de bienes de orden temporal”.

Creo, en definitiva, que es posible afirmar que la verdadera *ratio decidendi* hay que verla en función de la existencia de unos previsibles quebrantos patrimoniales derivados de la ofensa, y son éstos los que en definitiva se indemnizan. Puede decirse, en síntesis, que la Sentencia de 6 de diciembre de 1912 ocupa una postura de transición. Viene a constituir un puente entre la “tradicional enemiga” a la protección privada de la esfera moral de la persona, y la de su total superación posterior. Ocupa una postura híbrida, en la que se admite que de un daño moral puedan derivar repercusiones patrimoniales que, como ya se ha dicho, son las que, en definitiva, se indemnizan; y ello aunque, no habiéndose producido, es *previsible* que lo sean (61).

Todo ello parece demostrarlo el papel secundario al que queda relegada esa forma peculiar de reparación en específico que la publicación de la sentencia condenatoria en darios supone. Y esto creo que no ha sabido tenerse siempre en cuenta. De ese doble plano “daño moral-daño patrimonial” que en la Sentencia aparece, este último, y la reparación pecuniaria que al mismo se conecta fundamentalmente, ocupan en ella un primer plano. A mi juicio, sin embargo, es aquel primero, y su reparación en forma específica, lo más llamativo de la misma. El Tribunal Supremo parece, en cambio, sostener lo contrario, considerándola como un complemento de la indemnización pecuniaria.

Señalemos, por último, un dato que no deja de ser curioso, Chironi (62), siguiendo a Weinrich, nos dice que uno de los supuestos en que el derecho común empezó a fijar la noción de la reparabilidad de^l daño en el cuerpo de la persona libre, fue el de la afrenta hecha a la mujer, puesta con ello en peligro de no poder contraer matrimonio. Nótese la coincidencia de que la primera vez que a nuestro Tribunal Supremo llega un supuesto de daño moral no conexo a lesión física o muerte, aquél tiene una naturaleza tal que impide, o al menos dificulta, esa posibilidad de contraer matrimonio, según se alega en la demanda, y admite la propia Sentencia.

C) *Tercera fase.*

La admisibilidad de la indemnización del daño moral puro, sin referencia a posibles repercusiones patrimoniales, aparece posteriormente. Así, la Sentencia de 14 de diciembre de 1917 repara, sin aludir a quebranto patrimonial alguno, “el menoscabo causado en la fama y reputación profesional del médico demandante”, produ-

(61) Es lo más lógico que en esta evolución de nuestra Jurisprudencia se aprecie alguna Sentencia de transición; más raro hubiera sido un cambio radical de postura.

(62) “*La culpa en el Derecho civil moderno*”, trad. de Bernaldo de Quirós, Madrid, 1928, II, pág. 250.

cido a consecuencia de su injustificada expulsión del seno de una corporación profesional. Por su parte, las Sentencias de 7 de noviembre de 1919 y 12 de marzo de 1928, condenan a la indemnización de los daños morales producidos, a los autores de sendas difamaciones; la primera se divulgó por medio de la Prensa, y la segunda en una novela en que se retrataban, parece que peyorativamente, "la figura y detalles fisonómicos de la actora", siendo indudable la coincidencia entre los personajes real y novelado, por cuanto que ello se desprende no sólo del retrato físico, sino también "de las vicisitudes a través de las cuales se desarrollan las existencias de ambas personas" (63).

A partir de este momento puede decirse que la evolución de nuestra Jurisprudencia viene marcada por una nota de signo positivo: la de la constante y reiterada ampliación del ámbito de los daños morales. No obstante, y en base a una afirmación puramente incidental, se ha querido ver (64) en la Sentencia de 10 de julio de 1928 una postura de regresión, alienándose con la tesis que mantuvo con anterioridad la Sentencia de 6 de diciembre de 1912. Nada hay, sin embargo, más lejos de la realidad. La Sentencia de 1928 no contempla propiamente un supuesto de daño moral, sino una hipótesis en que se solicita la indemnización por la pérdida de una vida. Que de la misma se derivó un daño moral para los familiares de la fallecida es seguro, pero en la demanda no se alega su existencia, ya que, señalándose en ella que se prescinde "del valor afectivo, difícil de justipreciar", se solicita una indemnización de 10.000 pesetas, que "bien podía considerarse excesivamente modesta, tratándose de una niña en pleno estado de salud", habida cuenta que la Sentencia de 1912 había otorgado una indemnización mucho mayor tratándose de un caso de menor gravedad.

Sin embargo, esta Sentencia de 1912 que en la demanda se traía a colación a título únicamente comparativo y por vía de alusión, y a la que incidentalmente se refería el recurrente, dió pie a que el Tribunal Supremo, en su segundo Considerando, le dedicara unos párrafos cuya lectura aislada permiten efectivamente situar esta Sentencia en la línea de la tan citada de 1912. Nuestro más alto Tribunal olvidando que "para alegar con éxito Sentencias del Tribunal Supremo han de ser idénticos los casos en que recayeron, y

(63) Señala ALBALADEJO (*Instituciones de Derecho civil, Parte General y Derecho de Obligaciones*, pág. 277) que aun "sin admitir el derecho a la imagen, es seguro que por razón de los derechos al honor e intimidad personal, cualquier persona está protegida contra la obtención o uso de su imagen de tal forma que resulte ofensiva o implique publicidad de aspectos íntimos de su vida, y tiene derecho a impedirlo... solicitando se le repare el perjuicio, aun puramente moral que se le ocasionó". Aunque ALBALADEJO se refiere a la "imagen fotográfica", parece indudable que el razonamiento es perfectamente válido cuando de "imagen literaria" se trata.

(64) Así, ROCA, en sus anotaciones a la obra de MONTEL, cit. pág. 105, y PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, II, 2, Barcelona, 1959, página 676), que sigue a Roca.

aquel en que se incoan" (65), admite *obiter dictum*, el razonamiento que "ínterin no se determinaran o concretaran en la realidad otras relaciones engendradas contra el honor y la vida que las puramente espirituales, no pudo surgir otra valoración que la moral, que es inaplicable, *per se*, en el orden económico; pero una vez demostrado, por la incontrastable fuerza de la realidad, que dichos atentados y pérdida repercuten en daño del patrimonio individual, no es admisible dejar de valorar pecuniariamente esos daños y perjuicios materiales". No obstante tales afirmaciones, y seguidamente, abandona este modo de pensar, admitiendo la posibilidad de indemnizar la pérdida de una vida que no ha supuesto detrimento para la economía familiar. Lo que ocurre en tal caso es que "su valoración pecuniaria no puede basarse en una prueba objetiva" porque, "tratándose de una niña de nueve años, su facultad productora no había llegado a ponerse en acto". Ahora bien, ello no significa que no deba darse ninguna, sino tan sólo que, en tal caso, "a nadie más que al Tribunal Sentenciador corresponde fijar el importe de la oportunua indemnización", lo cual hará de modo prudencial" y atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social", al igual que se hizo en la Sentencia de 1912. Los supuestos, no obstante, eran totalmente distintos; no planteándose en la Sentencia de 1928 un supuesto de daño moral, mal se puede integrar en una evolución de nuestra Jurisprudencia en relación a aquéllos. Si se ha traído aquí a colación ha sido tan sólo para intentar deshacer el equívoco.

Aquella expansión en el criterio de acordar la indemnización de los daños morales a que antes se aludía es notable, y opera porque, abandonándose el criterio preponderantemente materialista y formalista que anteriormente predominaba, se acude a la equidad por experimentarse la necesidad de corregir un régimen jurídico que de aplicarse con arreglo a criterios rígidos, resultaría duro e inadecuado (66).

(65) Los términos son los de la Sentencia de 2 de febrero de 1940, pero con anterioridad a 1928, el principio había sido establecido, entre otras, por las Sentencias de 28 de enero de 1858, 28 de octubre de 1862, 4 de enero, 30 de enero, 22 de abril y 30 de mayo de 1865, 5 de marzo y 9 de abril de 1866 y 23 de mayo de 1891. Ciertamente no se alegó por el recurrente infracción de doctrina legal, ya que por tratarse de una sola sentencia, ésta no constituye Jurisprudencia. (Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 3 de julio de 1883, 7 de noviembre de 1885, 10 de febrero de 1886, 1 de junio de 1892, 26 de abril de 1894, 7 de enero de 1924, 30 de junio de 1925, 27 de abril de 1926 y 20 de diciembre de 1927, por citar algunas anteriores a la Sentencia que nos ocupa.) Ello hace más raro aún la extensión con que la Sentencia de 1928 se ocupa de la postura mantenida por la de 1912, hasta el punto de dedicarle prácticamente un Considerando íntegro. Por lo demás, la supresión del mismo no hubiera modificado nada la Sentencia.

(66) Y ello porque, como ha señalado la Sentencia de 26 de noviembre de 1929, "si la Justicia ha de administrarse recta y cumplidamente, no ha de atenderse tanto a la observancia estricta y literal del precepto legal, como a su indudable espíritu recto... y verdadera finalidad". "Tras un siglo de lega-

Así, la esfera del daño moral, que en una primera etapa había quedado reducida, sustancialmente, a la hipótesis de difamación que atentase contra el honor personal, se amplía por las Sentencias de 31 de marzo de 1930 y 25 de junio de 1945 al honor mercantil, incluso, como ocurre en aquélla, cuando quien lo sufre es una persona jurídica, ya que el crédito mercantil “es tan necesario para la vida y el desarrollo del comercio como para los humanos el honor”. Esta extensión se opera, sobre todo, por la Sentencia de 4 de junio de 1962, que declara que “el artículo 1.902 del Código civil comprende, como indemnizables, los daños inferidos por lesiones al honor de una persona *en toda la gama en que pueda ser estimado*”, y en la que se engloban, como señala la Sentencia de 7 de febrero de dicho año, “el honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, etc.”, cuya tutela opera, según se dice en ella expresamente, independientemente de todo daño patrimonial, directo o indirecto. Por su parte, la Sala segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de junio de 1969, dio relevancia al *honor conyugal*.

Ya se dijo que, cuando de daños morales conexos a daño físico o a muerte se trata, la postura normalmente seguida por nuestro Tribunal Supremo es centrarse en éstos, relegando el tratamiento de aquéllos a segundo plano. Esta línea, en la que pueden situarse las Sentencias de 14 de julio de 1884 y 24 de febrero de 1928, se superará con posterioridad, alcanzando en tales supuestos el daño moral un papel más relevante. Tal ocurre en la Sentencia de 2 de diciembre de 1946, y sobre todo en la de 9 de diciembre de 1949, que toma en cuenta el daño moral y la pérdida de la facultad sexual producida a consecuencia de un choque de vehículos. Por su parte, la Sentencia de 17 de febrero de 1956, otorga relevancia tanto al “dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima”, como a los “daños de carácter moral que experimentan también los parientes más allegados... lesionados en sus afecciones más íntimas y legítimas”, y que son “igualmente indemnizables en dinero”. Puede citarse en este sentido la Sentencia de 28 de febrero de 1964, a la que ya tuvimos ocasión de referirnos. En tales casos, “no se indemniza doblemente un mismo hecho..., sino que se concede, por un hecho único, una sola indemnización que será de mayor cuantía si los daños y perjuicios tienen mayor extensión en la esfera material o en la moral, y en ambas conjuntamente si a las dos alcanzan la perturbación indemnizable”. Lo normal en tales supuestos es que la indemnización del daño moral opere como un “plus” con respecto a la de la lesión física, mejor susceptible de ser determinada con

lismo y de Justicia puramente formalista, se está volviendo al pleno juego de la equidad, y es que estamos en un momento de transformación y cambios sociales que exige imperiosamente que el Derecho se adapte a las nuevas circunstancias”. (Castán Tobeñas, “*La formulación judicial del Derecho y al arbitrio de equidad*”, en RGLJ, sept. 1953, pág. 264).

arreglo a una “prueba objetiva” (gastos de curación, renta de trabajo perdida etc.).

La Sentencia de 21 de enero de 1957 contempló, al igual que hacía en definitiva la de 1912, un supuesto de dificultad para contraer matrimonio a causa de la anulación del anteriormente contraído *ex metus reverentialis* del marido. Por su parte, la de 28 de febrero de 1959 contempló el supuesto de desahucio de un inquilino por maquinaciones dolosas que le hacían aparecer como mal pagador.

3). *Hipótesis rechazadas*

A) *Idea general*

El criterio de amplitud que, como hemos visto, impera en nuestra Jurisprudencia a la hora de estimar la existencia de los daños morales, presenta ciertamente una contrapartida poco grata. Y es que se corre con ello el riesgo de una proliferación de demandas tendentes a reclamar indemnizaciones por unos pretendidos daños morales que serán en muchos casos inexistentes, y en otros verdaderamente ridículos. Esto se manifiesta en toda su crudeza si se tiene en cuenta que no es posible, a priori, establecer jurisprudencialmente un “*numerus clausus*” de supuestos admisibles.

Ello se debe a que, como ya se hizo notar, sólo la vida social puede llenar de contenido positivo la noción de daño moral. Será ella la que establezca qué bienes deban ser protegidos, y sólo ella podrá apreciar si una determinada conducta implica o no un ataque a dichos bienes. Y si en lo sustancial aquélla escala de valores protegidos permanecerá inmutable, lo segundo en cambio vendrá grandemente influído por las circunstancias de lugar y de tiempo. En nuestro país, ha sido tradicional la extraordinaria valoración del honor, y la sanción consiguiente de los ataques que contra el mismo pudieran hacerse, pero los que en otro tiempo se consideraban como graves ataques contra aquél, hoy carecerían de relevancia jurídica en muchos casos, y en otros su sanción sería más social que jurídica.

Parece posible pues afirmar, que una Jurisprudencia que procediendo con criterio estrecho delimitase taxativamente una lista de supuestos, no supondría una solución defendible puesto que, aparte de los reparos comunes a todos los sistemas de lista, adolecería de un defecto sustancial; y es que la Jurisprudencia no se vincula tan absolutamente por resoluciones anteriores como para que le sea imposible ampliar los supuestos que pudiera contener una primitiva enumeración. Más aconsejable resulta, en cambio, ese criterio de amplitud que muestran nuestros Tribunales, porque ello no implica la admisión de supuestos caprichosos, sino que supone un examen de cada caso en concreto, y de las peculiares circunstancias de que venga rodeado, para determinar en definitiva su admisibilidad o no.

B) Supuestos concretos

Dentro de esta rúbrica las hipótesis son diversas. En unos casos se niega la indemnización del daño moral por no aparecer acreditada la existencia del mismo. En otros se rechaza dicha posibilidad por derivarse el daño del ejercicio legítimo de un derecho. De su examen nos ocupamos seguidamente.

Por no existir realmente un daño, se rechazaron las tres peticiones que, orientadas a la indemnización del mismo, señalamos:

a) La Sentencia de 3 de junio de 1957 contemplaba el siguiente supuesto fáctico: Don Miguel S. M. solicitaba una indemnización de 40.000 pesetas por el dolor moral que le había producido la muerte de una hija suya a consecuencia de unas emanaciones de gas cuyas conducciones tenía descuidadas la Compañía demandada. El Tribunal Supremo declara que la existencia del daño moral, en que se basó la demanda, "no aparece realmente acreditada al tener el actor, como padre, desatendidos los deberes inherentes a la patria potestad", señalando más adelante que "la debilidad o ausencia de las relaciones paterno filiales que se observan en estos familiares, la falta de ocupación honesta en ella y la inhibición en él para procurar que juntos vivieran, hace deleznable su posición, tanto en cuanto al dolor psicofísico que aduce, como respecto al moral que dice le ha causado el no haber recibido la interesada auxilios espirituales".

b) La de 4 de junio de 1962 rechazó el recurso presentado por quienes alegaban un perjuicio que sólo existía en la mente, demasiado susceptible, del recurrente. El supuesto era el que sigue: la representación de la Sociedad Anónima Casamitjana, fabricante de una marca de lejía, demanda a don José R. I. aduciendo que la propaganda que éste hace de sus fabricados presenta a la lejía como un producto que daña la ropa, solicitando se impida al mismo seguir desarrollando tal tipo de publicidad, y al pago de 50.000 pesetas como indemnización por daño moral. El Juzgado de Primera Instancia admite aquélla petición, pero no la segunda, siendo su fallo confirmado por la Audiencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por la Sociedad, por falta del nexo causal entre la conducta del Sr. R. I. y el daño pretendidamente causado a aquéllo, y señala que, para que la indemnización de daños morales tenga lugar, "*es indispensable la atribución de algo que afecte al honor, y sea eficiente para producir una lesión en la integridad del que se considere ofendido*, en definitiva, *que lo sea realmente*, cuya consecuencia esencial no se produce, ni es admitida por el Tribunal *a quo*, por la actividad publicitaria del demandado, tras la que la honorabilidad comercial de la recurrente ha quedado incólume".

c) Se excluyó asimismo la posibilidad de apreciar daño moral en la Sentencia de 25 de junio de 1945, por no concurrir propósito difamatorio y porque la "rápida rectificación y el reducido círculo-

en que la información de que se trata se desenvolvió, no permiten apreciar la probabilidad del perjuicio".

Por derivar el daño moral del ejercicio legítimo de un derecho por parte de otro, se desestimó la solicitada indemnización en los siguientes supuestos:

a) La Sentencia de 13 de junio de 1950 contemplaba el siguiente caso: entablada una querella por injurias, el procedimiento penal terminó con la declaración de querella abandonada por falta de instancia del curso del proceso y, a raíz de la misma, la parte contra quien se dirigió la querella, entabló juicio ordinario de mayor cuantía para reclamar "por el daño moral que estimó había sufrido a consecuencia del sumario señalado". El Tribunal Supremo rechazó el recurso señalando que, "al no existir elementos de juicio que permitan apreciar extralimitación o abuso en el ejercicio de la acción penal, es forzoso catalogar el caso controvertido en la esfera del ejercicio lícito de un derecho, que no genera la responsabilidad civil asignada por los artículos 1.089 y 1.902 del Código civil para el supuesto contrario de hechos propios culposos o negligentes".

b) La Sentencia de 28 de febrero de 1958 rechaza una reclamación de cantidad por los perjuicios morales sufridos a consecuencia de la crítica que una revista técnica hacía de la luminotecnia de cierta exposición, toda vez que, aun denunciándose en la misma la "*impericia, charlatanería, incapacidad y falta de amor propio profesional*", del responsable de dicha instalación, "ni de su contenido total, ni de los párrafos separados, aparece ni resulta comprobado el ánimo de injuriar ni de difamar, sino el de cumplir con un deber de información al público", ya que ni se menciona expresamente al señor M., autor de dicha instalación, "ni ha quedado demostrado que con este motivo, se hayan ocasionado daños y perjuicios al actor".

La bondad de este criterio suscita muchas reservas. Nótense los términos, excesivamente duros, de una crítica que más parece dirigida contra el autor de la instalación que contra la iluminación propiamente dicha. El Tribunal Supremo rechazó el recurso por inexistencia de dolo ("ánimo de *injuriar o difamar*"), por no mencionarse expresamente al Sr. M., autor de la instalación, y por no haberse demostrado que con ese motivo se le hayan causado perjuicios. Ello no debe resultar decisivo, porque basta la simple culpa o negligencia para engendrar el deber de indemnizar (artículos 1.101 y 1.902 C. c.); porque aun no habiendo mención nominativa la alusión es tan clara que vale tanto como aquélla, y así lo entendía la Sentencia de 12 de marzo de 1928 y, finalmente, porque la exigencia de la prueba nunca se había llevado tan lejos por una Jurisprudencia que se conforma prácticamente, en este punto, con la presumbibilidad del daño por sus indicios.

c) La Sentencia de 20 de diciembre de 1966 contemplaba el siguiente supuesto: dedicándose los actores a la fabricación de áfno-

ras revestidas para contener vino, accionan en base al artículo 1.902 alegando que los demandados, mediante una campaña de difamación, habían logrado que los actores perdieran pedidos por valor de 450.000 pesetas, solicitando además una indemnización de 30.000 pesetas en concepto de daño moral. La demanda se desestima porque los demandados habían obtenido la concesión del correspondiente modelo industrial, y por ello resultaba perfectamente lícita la campaña epistolar que habían desarrollado, haciendo saber a sus clientes la existencia del modelo patentado a su favor.

En cambio, la Sentencia de 28 de febrero de 1959, condenó a un arrendador a indemnizar a su inquilino por los perjuicios que éste sufrió "en la estimación pública, al ser considerado como mal pagador" a consecuencia de las maquinaciones dolosas de aquél que supusieron el lanzamiento de su vivienda, "lo que afecta al buen crédito de la persona".

Por último, y aunque no consagrado jurisprudencialmente, resulta evidente que el perdón del ofendido, expreso o tácito, excluye la posibilidad de reclamación. Ya las Partidas consagraron el principio de que "si vn ome recibiesse deshonrra de otro, e despues se acompañasse con el de su grado, e comiesse o beuiesse con el, en su casa o en la del otro, o en otro lugar, que de alli adelante non pueda demandar emienda del tuerto, o de deshonrra quel ouiesse ante fecha" (Partida 7.^a, Tit. IX, ley XXII).

LA REPARACION DEL DAÑO MORAL

En líneas generales puede decirse que en las Sentencias en que se admite una reclamación por daño moral, se impone al causante del mismo bien la entrega de una suma de dinero, bien la reparación del daño en forma específica, en los casos en que ello sea posible, bien por último, y más frecuentemente, una forma de reparación que engloba aquéllas dos variantes. Del estudio de tales modalidades nos ocupamos seguidamente.

I EL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO COMO REPARACION DE DAÑOS MORALES

1) *Su admisibilidad.*

Uno de los más graves problemas que se plantean desde el momento en que se admite la relevancia para el Derecho civil, del daño moral, es el de la reparación del mismo. Parece indudable que los artículos que nuestro Código civil dedica a los daños, venían pensados para aquéllos supuestos en que el menoscabo se sufre en uno de los bienes que, por decirlo con Cupis (67), están en el orden de la riqueza material. Destruido o dañado un bien de tal naturaleza, el ordenamiento jurídico condena al autor del menoscabo a reponer el

(67) Op. cit., pág. 333.

patrimonio afectado a su estado primitivo. El dinero, que es medida del valor de las cosas patrimoniales, jugará aquí todo su papel; determinada la cuantía del daño, aquél suplirá la pérdida sufrida, llenará el vacío patrimonial producido, cumplirá una función reconstructora: un resarcimiento en suma.

Ha sido la idea de que sólo son admisibles en Derecho civil los daños "resarcibles", que late implícitamente en quienes se oponen a la indemnización de los daños morales, la que con más fuerza ha obstaculizado la admisibilidad, en la vía civil, del daño moral. Desde el momento en que se piensa que el artículo 1.106 de nuestro Código civil "define" el daño jurídico, (y así lo hace por ejemplo la Sentencia de 21 de enero de 1928), es lógico que se diga en alguna Jurisprudencia que, "no siendo valorable el honor en los delitos cometidos contra él, no es posible fijar la cantidad en que consista el perjuicio" y, consiguientemente, no puede imponerse al delincuente, como responsabilidad civil derivada de la criminal, la de pagar una indemnización al ofendido (68). Se piensa, por otra parte, que es repugnante medir con dinero el menoscabo de unos bienes que, por su propia naturaleza, están más allá del ámbito de lo patrimonial (69), que es el plano a que el dinero limita su papel.

Sin embargo tales razonamientos aparecen, a primera vista, infundados. A mi modo de ver, el núcleo de la cuestión se centra en la desorbitada importancia que se ha concedido a la idea de resarcimiento. Si para reparar el daño, se dice, es preciso determinar previamente su cuantía, la posibilidad de que proceda, cuando de daños morales se trata, queda excluida tanto por una imposibilidad material de reducir aquéllos a unidades de medida (70), cuanto por una falta de idoneidad del dinero para subsanar el mal causado. También se alega por alguno que es repugnante (71), injurioso y hasta inmoral (72), que el sujeto dañado acepte una suma de dinero como reparación de la afrenta sufrida.

(68) Véase la Sentencia de 6 de diciembre de 1882.

(69) Así, GAYOSO (op. et loc. cits., pág. 328), que dice que "cuando no se puede dar la cosa debida o se daña al prójimo, se impone en último término la compensación pecuniaria porque el dinero es la representación y medida de los valores económicos, pero es absolutamente impertinente y dispar respecto a cosas de otro orden que no pueden, sin rebajarlas, compararse a él, y menos la fama y el honor que... son, en cierto modo, antitéticos de los dineros, en términos que el que los tase y cobre demuestra cabalmente no tenerlos, y se deshonra a los ojos de todos, lejos de reparar su fama y buen nombre escarnecidos". Difícil sería intentar buscar otro párrafo en que se resuman, de tal modo, todos los prejuicios que ha mantenido la doctrina para negar la posibilidad de indemnizar el daño moral.

(70) GABBA, cit. por MONTEL, op. cit., págs. 93.

(71) Véase la anterior nota de GAYOSO.

(72) TOURNIER llega a decir que la indemnización del daño moral será injuriosa si la víctima alega que una suma de dinero no puede reemplazar la felicidad perdida, o inmoral cuando acepta sin escrúpulo el precio de su disgusto, entendiéndose con ello suficientemente pagada por el mal causado. ("De la condamnation à des dommages intérêts", Montpellier, 1896, pág. 191).

Este modo de pensar, sin embargo, no resulta defendible. Es de todo punto erróneo considerar que el daño jurídico civil sea tan sólo el daño resarcible. El resarcimiento debe ser considerado como un “*posterius*” con respecto a la calificación jurídica del daño. Operará única y exclusivamente, a los efectos prácticos de determinar el “*quantum*” de la indemnización. Es vicioso pretender que adquiera la cualidad de “*prius*” con eficacia delimitadora. La esfera del daño jurídico no se agota, en Derecho civil, en el daño resarcible, sino que va más allá.

En realidad, lo que hay que hacer es reducir el resarcimiento a sus justos límites. Reparar y resarcir no son términos sinónimos; el resarcimiento sería, simplemente, una forma de reparación que se caracteriza por el hecho de que su cuantía está objetivamente determinada. Tal es la pérdida, tal es la indemnización. Determinada aquélla, lo cual sólo parece posible en el plano de la riqueza material, la indemnización se traducirá en una cantidad de dinero que, al coincidir con el valor perdido, colme el vacío patrimonial causado.

Toda esta línea de afirmaciones es, sin embargo, más teórica que real. El resarcimiento es más un “*desideratum*” que una realidad práctica. Si el daño patrimonial aparece siempre determinado objetivamente, la imposibilidad subjetiva de determinarlo hará imposible, normalmente, que el resarcimiento se consiga de modo pleno y total. En la mayoría de los casos sólo será posible verificarlo de modo aproximativo y resulta con ello que, ni siquiera en el campo de lo patrimonial, el resarcimiento puede cumplir la función reconstructora que se le asigna. El criterio defendido por Gabba de que la indemnización del daño moral no es posible por no poderse determinar la cuantía del mismo, se vuelve de este modo contra su propio autor. La realidad nos dice que ni siquiera la indemnización de los perjuicios patrimoniales puede conseguirse plenamente, sino tan sólo por vía de aproximación (73).

Ahora bien, aun admitiéndose que la indemnización pecuniaria de los daños patrimoniales proceda de forma aproximada, subsiste aún una segunda dificultad. En tal orden de cosas, la satisfacción colma, siquiera de modo parcial, un menoscabo patrimonial, pero, ¿cómo podrá decirse que una cantidad de dinero colme un deshonor, un quebranto afectivo, un daño moral en suma? En aquél ámbito, un bien patrimonial tapa, aunque sea defectuosamente, un vacío patrimonial, pero ¿cómo podría decirse lo mismo cuando el bien dañado no tiene tal carácter?

(73) Repugna a GABBA la posibilidad de que la cuantía de la indemnización se determine en términos aproximados, pareciendo dar por supuesto que en el campo de lo patrimonial aquélla se aprecia con exactitud, cosa que, como hemos visto, no ocurre casi nunca. “Todo cálculo aproximado —dice— únicamente es justo y fundado aproximadamente”. Pero más defendible parece que haya justicia por aproximación que no la haya en absoluto. (Cit. por MONTEL, op. cit., página 93).

El argumento es ciertamente de peso, pero no puede resultar decisivo. Podría contestarse con Cupis (74), que siendo admisible que la función *más apropiada* del dinero sea la de medir valores económicos —y colmar por tanto vacíos de esta clase— no es posible negar que el hombre tiende a extender la medida económica más allá de los valores de dicha naturaleza. Se trataría pues de una desviación de su función normal, desviación lógica si se piensa que hemos sacado el dinero de su órbita de actuación típica, pero que puede y debe admitirse porque en los supuestos de daño moral es de justicia dar al ofendido una reparación y, en muchos casos, no será posible más reparación que la pecuniaria.

Esto plantea una segunda cuestión. Parece que el dinero, que es el medio reparador por excelencia en el campo de lo patrimonial, fuera del mismo pierde mucho de su valor. En aquel plano juega todo su papel por ser medida del valor de las cosas de tal índole; fuera del mismo, en cambio, pierde carácter de medida, al menos en los mismos términos que en aquel campo se concibe (75). No pudiendo suplir el vacío que en la esfera extrapatrimonial de la persona se ha producido con el deshonor o el descrédito, parece que se deba acudir a un medio más adecuado a tal fin. A mi juicio, la reparación en forma específica resultará, normalmente, la más adecuada para la reparación del daño, del mismo modo que el resarcimiento lo es en el campo de lo patrimonial.

Todo esto puede entenderse así desde el momento en que delimitemos las nociones de reparación y resarcimiento. La “reparación”, de que habla el artículo 1.902 del Código civil, sería una rúbrica genérica en que tendrían cabida dos formas de verificarla. De una parte el resarcimiento (artículo 1.106 C. c.), que juega cuando de daños patrimoniales se trata (76). En tales supuestos, el “*quantum*” de los mismos aparece objetivamente determinado, aunque no pueda apreciarse subjetivamente. Por otro lado la reparación en forma específica, que juega en el campo de los bienes extrapatrimoniales en los que la imposibilidad de cifrar la cuantía del daño es total, objetiva y subjetivamente. En los casos en que esta segunda forma de reparación no cumpla totalmente su finalidad, será admisible entregar al sujeto dañado una cantidad de dinero que compen-

(74) Op. cit., pág. 180.

(75) Es pensable que un “dolor” se “cotice” en cifras más reducidas que una muerte, póngase por caso, en la misma medida en que la vida se considera más valiosa que la salud.

(76) Como señala la Sentencia de 19 de mayo de 1934, “si bien el artículo 1.106 del Código civil establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios cuando éstos tienen una realidad apreciable de modo material y tangible, no lo es menos que hay otros casos en que esta apreciación material es de todo punto imposible, como sucede cuando de la vida o el honor se trata, y en ellos la valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva”, sino que “en estos casos, corresponde al Tribunal sentenciador fijar, de modo prudencial, el importe de aquélla”.

se, en cierta medida, el desequilibrio “daño-reparación en específico” (77).

Y no puede repugnar, por otro lado, que el que sufrió el daño perciba una cantidad de dinero por tal causa. Ello no quiere decir que haya traducido a dinero su deshonra, ni mucho menos que trafique con los bienes de su personalidad. Cuando la reparación en forma específica es insuficiente o inadecuada, la suma de dinero representa, prácticamente, la única alternativa que nos queda, y siendo de Justicia que se dé alguna, no hay más remedio que acudir al elemento reparador por excelencia en Derecho, el dinero; y no cabe duda de que éste, por otra parte, siempre aliviará algo el dolor. (“Los duelos con pan son menos”).

2) *Su función.*

Admitido que el autor de un daño moral pueda ser condenado al pago de una cantidad de dinero, pasamos a continuación a examinar cuál sea la función que ese dinero cumpla. Obviamente no constituye resarcimiento (78), ya que esta forma de reparación es exclusiva de aquellos daños que “tienen una realidad apreciable de modo material y tangible”. La afirmación es de todo punto lógica; el bienestar, el honor y la fama no pueden traducirse a términos económicos por una doble imposibilidad, objetiva y subjetiva, y ello por tratarse de bienes que están más allá de la órbita de actuación de los sistemas de medida. Si en el campo de lo patrimonial la posibilidad objetiva de cifrar el “quantum” justifica que se hable de resarcimiento, siquiera sea como un ideal a conseguir, en el campo de lo extrapatrimonial, la imposibilidad objetiva de estimar la cuantía del perjuicio excluye, de modo tajante, la posibilidad de hablar de resarcimiento.

Si el dinero no cumple aquí esa función reconstructora que en definitiva supone el resarcimiento, ¿qué otro papel podrá desempeñar?

A) *La pretendida función punitiva del dinero de dolor.*

Es obvio que la condena de dinero puede desempeñar una función de pena. También es claro que, en el punto que nos ocupa, una pena de este tipo habría de tener carácter privado, aunque alguna doctrina ha defendido la naturaleza pública de la misma (79). El problema que se nos plantea ahora es el de investigar si es admisi-

(77) Ya decía Santo Tomás que “cuando lo que se quitó no se puede restituir por algo igual, se deberá compensar como sea posible, en dinero o en algún honor, considerando la condición de las personas según el arbitrio de hombres buenos”. (S. Th. 2,2, q. 62 art. 2.º).

(78) Vid. por todos GIOLLA (*“Valutazione del danno alla persona nella responsabilità civile”*, Milano, 1961, pág. 403) y RAVAZZONI (*“La riparazione del danno non patrimoniale”*, Milano, 1962).

(79) Así, TOURNIER (op. cit., pág. 207) y BALESTON (op. cit., págs. 78 y siguientes).

b) e defender la tesis de que la cantidad que se condena a pagar como consecuencia del daño moral, tenga carácter de pena privada.

Esta postura que ciertamente resulta sugestiva, y ha tenido ilustres valedores (80), no resulta admisible. Una serie de argumentos se oponen con fuerza, al menos en nuestro Derecho, a sostener tal posibilidad.

a) Si se acepta que la entrega de dinero tiene como fin el castigo del autor del daño, ¿cómo aplicar los artículos 1.903 a 1.906 del Código civil? Tales preceptos se oponen a la admisibilidad de la función punitiva del dinero de dolor ya que, de otra forma, se vulneraría el principio, tan arraigado en nuestro Derecho (81), de la personalidad de la pena. En el artículo 1.903, porque la cantidad se *exige* a las personas que deben responder de los actos de otra, siendo así que el artículo 1.904 no obliga, sino que *faculta* a aquéllos a repetir de éstos lo que hubieren satisfecho. El razonamiento se reafirma cuando de animales se trata (artículos 1.905 y 1.906 C. c.), ya que es pensable que éstos causen un daño moral (así por ejemp'o el dolor derivado de la herida causada por aquéllos). Resulta así que afirmar que la cantidad tiende a castigar al causante del daño sería tanto como centrarse en supuestos muy concretos.

Sin embargo, ni aun en el caso específico del artículo 1.902 del Código civil, puede hablarse de pena privada, y ello por los restantes argumentos que a continuación se exponen.

b) Es serio obstáculo al carácter punitivo del dinero de dolor el artículo 104 del Código penal, que otorga a la cantidad que ha de entregar el causante del daño un inequívoco carácter indemnizatorio.

c) Se dice también, que sólo admitiendo tal función se puede explicar la influencia que en la práctica tiene la culpabilidad del agente a la hora de determinar la cuantía de la suma de dinero en que consiste la reparación. Sin embargo, la objeción tampoco resulta satisfactoria. El Derecho civil trata con mayor severidad el dolo que la culpa, al permitir moderar la responsabilidad que proceda de ésta (artículo 1.103 C. c.), y al establecer que los daños de que responde el deudor culpable son los previstos o que se hubieran podido prever al tiempo de constituirse la obligación y sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento (artículo 1.107, párrafo primero). Frente a ello, y en caso de dolo, aquélla facultad de moderación se excluye, lo que, al quedar sujeto el deudor a todos aquellos daños que "conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación" (artículo 1.107 párrafo segundo C. c.), equivale tanto como a responder de toda la cadena de daños que

(80) Singularmente, RIPERT ("La regle morale dans les obligations civiles París, 1925). Nos dice QUINTANO que el carácter punitivo del resarcimiento en general ha sido defendido, desde MERKEL y HEINZE, en sectores muy diversos, sobre todo por los primeros representantes de la escuela positiva (FERRI y GAROFALO). (Op. et. loc. cits. pág. 189).

(81) Liber Iudiciorum (IV, I, 7 y IV, II, 1), al que siguen el Fuero Real (IV, 5, 9) y las Partidas 7.^a, XXXI, IX).

deriven del nexo causal, fueran o no previstos al tiempo de constituirse la obligación.

Obviamente, si se defiende que al tomar en consideración el aspecto volitivo del causante del daño, lo que se busca es el castigo de él mismo, habría que sostener también que en los preceptos que se acaban de citar se busca, de modo primario y principal, el castigo del deudor. Sin embargo, parece más acertado defender que lo que se hace con ello es establecer una solución equitativa. La igualdad de trato en los casos de culpa y de dolo sería ciertamente inicua.

Ahora bien, con todo, la dificultad subsiste. ¿Cómo explicar la relevancia que nuestra Jurisprudencia da a la conducta del sujeto a la hora de determinar la cuantía de la indemnización? (82). Podrá decirse que sólo el carácter punitivo de la entrega de dinero explicaría el juego de ese elemento, toda vez que la cuantía de la reparación del daño debe graduarse siempre en razón del menoscabo sufrido, y no a tenor de la gravedad de la falta. A mi juicio este modo de pensar, perfectamente lógico cuando de daño patrimonial se trata, no puede jugarse cuando el objeto lesionado no tenga tal carácter. En aquel plano, en efecto, los contornos del daño aparecen delimitados en la cosa dañada, pero cuando del honor o la fama se trata, la cosa varía sensiblemente. Respecto de tales bienes, y en general de todos los extrapatrimoniales, es de todo punto imposible graduar el daño sin conectarlo a la actuación de la persona que lo causó. Permitáseme decir que la repercusión psíquica que el acto ilícito causa en el sujeto, será tanto más fuerte cuanto "más ilícito" sea el ataque. Es lógico pensar que la difamación dolosa producirá en quien la sufre un quebranto mayor que la que pudiera derivar del simple malentendido. Si esto es así parece razonable sostener que la indemnización, en aquel caso, habrá de ser necesariamente mayor que en éste.

d) Por otro lado, sostener que esa cantidad de dinero juega un papel punitivo, sería tanto como ir en contra de la normal evolución del ordenamiento. En este punto creo que resulta interesante señalar, siquiera sea de modo sucinto y tan general que permita excepciones concretas, el contexto en que la pena privada nació y los rasgos que marcan su posterior desenvolvimiento.

La pena privada, que lógicamente se contrapone a la pública, nace cuando una peculiar distinción entre los delitos tiene lugar. Hay, en efecto, una serie de conductas, que por afectar a la paz de la comunidad, y por su peculiar trascendencia, se colorean de un tinte público, y es éste entonces el poder encargado de reprimirlas. Frente a tales supuestos, hay otros en que la conducta no implica daño a la sociedad, y toman por tanto carácter privado.

Esta contraposición es, por otra parte, la que más adecuada resulta en las mentalidades primitivas. Puede afirmarse que la idea

(82) La Sentencia de 7 de noviembre de 1919 declara que la indemnización debe ser proporcionada a la "gravedad del perjuicio sufrido y de la falta",

fundamental que llevó al hombre a asociarse con sus semejantes, sería la de obtener mayor protección. El grupo le hacía fuerte, y prácticamente esa finalidad primaria sería la que diera sentido a la existencia de aquél. La misión del grupo sería pues, sustancialmente, la de defender a sus componentes frente a los enemigos del exterior y, para que el grupo exista, debe atajar posibles ataques que lo pongan en peligro. Poco a poco se va apreciando que hay una serie de conductas que lo pueden poner en trance de desaparición, bien por facilitar las asechanzas de otros grupos hostiles ("trayción"), bien por atraerse la enemistad de los dioses que lo protegen. Estas conductas, por afectar a la vida del grupo en cuanto tal, son también atajadas por el grupo en cuanto tal. "El que ha cometido alguno de esos delitos, queda privado de la protección del Derecho, deja de ser miembro de la sociedad y, o sufre la pena de muerte por la autoridad pública, o tiene que huir al bosque porque cualquiera de sus conciudadanos está autorizado para perseguirlo o matarlo, sin incurrir por ello en responsabilidad" (83).

Sin embargo, y frente a éstas, hay otros tipos de conductas que por no afectar a la sociedad como tal no son sancionadas por ésta. Es al sujeto que sufre el daño a quien incumbe procurar su reparación, y no cabe duda de que la forma más primaria de hacerlo es procurar que el causante del daño experimente un castigo de igual naturaleza. El "talión", la "faida", serían esos primeros remedios.

En una fase más avanzada se apreciaría que tal modo de actuar constituye un peligro interno para la existencia de la comunidad, y se acude a otro tipo de remedios. Surgiría así la compensación económica como sustitutiva del talión, pero con la misma idea de castigo del culpable. Ello lo prueba con claridad el hecho de que tales compensaciones venían siempre fijadas en la misma cuantía típica, si bien teniendo en cuenta, de modo principalísimo, la posición social del ofendido y del ofensor.

En esta etapa, la idea de que con la entrega de dinero se castigaba al ofensor sería la predominante. Por otro lado, la unidad del ordenamiento no permitía distinguir con claridad el ilícito penal del ilícito civil. Prueba de ello es que todas las ofensas se encuadraban en apelativos comunes ("iniuria", "calonna"). En dicha fase, siendo decisiva la idea de castigo del culpable, y habida cuenta esa unidad del ordenamiento, todo sería penal; mas conforme los ordenamientos jurídicos fueron alcanzando un mayor grado de madurez, se irían delimitando progresivamente la pena y la indemnización. La distinción sería embrionaria; así, el Fuero de Baeza (22), al determinar "en quales calonnas ha parte Palacio", señala que "en denosto, nin en empellamiento, nin en riepto, non haya Palacio nada", siendo así que en las restantes *calonnas*, y salvo la de *furto*, las cantidades a

(83) MINGUÍJÓN "Historia del Derecho español", 2.^a ed., pág. 182.

entregar se dividen en cuatro partes, una de las cuales, tan sólo, se entrega al quereloso.

A finales del siglo XII, según nos dice Orlandis (84), muchos Derechos han abandonado ya el sistema de multa fija, y dejan su graduación al arbitrio judicial o al acuerdo de las partes. Y creo que puede decirse que es en ese momento en que la idea de indemnización pasa a ser la predominante, máxime si se tiene en cuenta que la separación entre las esferas penal y civil se va haciendo más clara al par que se robustece el poder que rige el grupo. Las Partidas delimitarán con claridad las dos alternativas; el ofendido puede, en efecto, elegir una de estas dos formas de reparación: o el castigo del culpable, o la percepción de una suma de dinero, suma que el dañado tasa y que el Juez, "si entendiere que la aprecio a demás, deuegela templar segund su eluedrio" (7.^a, IX, XXI). No es óbice a ello el empleo indistinto que en ocasiones se hace de los términos "pena" y "emienda", ya que el principio es perfectamente claro.

Esta evolución es afín a la experimentada en los ordenamientos germánico y romano. En aquél, como dice Planitz (85), "el pago del *Wergeld* y de la *Busse* servía de hecho para compensar los daños sufridos, y esta compensación se fue convirtiendo poco a poco en su finalidad primordial", imponiéndose en el siglo XIX la opinión de considerarlos como una indemnización de daños (86), tesis que acoge el BGB que habla, en tales casos, de "justa indemnización". Por lo que al Derecho romano se refiere, Iglesias señala que "en la época clásica, la pena privada tiene carácter punitivo, cual la pública. El delito es una ofensa inferida al individuo y la pena, por más que sea pecuniaria, cumple una función de expiación. En la época Justinianea, la pena privada degenera en una sanción tendente al resarcimiento, pero no hasta el punto de perder por completo su viejo efecto expiatorio. La acción penal, con el fin de expiación, suele ser transformada ahora en mixta, de manera que a una restricción del efecto típico de la pena corresponde una mayor consideración del resarcimiento y de la reparación material del daño" (87).

B) *La función compensatoria del dinero de dolor.*

Si como dice Ihering, las funciones pensables que puede desempeñar la condena de una cantidad de dinero son las de pena, la de resarcimiento por equivalencia y la de reparación por compensación,

(84) "Consecuencias del delito en la Alta Edad Media", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1947, pág. 158.

(85) "Principios de Derecho privado germánico", Barcelona, 1957, página 272.

(86) LARENZ, op. cit., II, pág. 641. CHIRONI, por su parte, nos dice (op. cit., pág. 245) que WAETCHER ha demostrado el carácter indemnizatorio que tuvo el *Schmerzensgeld*.

(87) "Derecho romano", Barcelona, 1965, pág. 447.

una vez descartadas las dos primeras, parece que la función compensatoria o satisfactoria es la única que nos queda, y es además, la que menos inadecuada resulta.

Nótese que a esta conclusión se ha llegado por medio de una cadena de sucesivas exclusiones; en realidad es el camino más seguro en este caso. Se ha partido de la idea de que el dinero no es forma idónea de reparar el daño moral; procede tan sólo cuando la reparación en forma específica, que es normalmente la única que al fin y al cabo podrá restablecer la situación anterior —dicho sea esto en los mismos términos teóricos en que se hablaba del resarcimiento— no es posible o, más frecuentemente, no completa por completo el vacío producido por el daño. En tales casos el dinero es la única alternativa que nos queda.

Queda para un segundo plano, aunque no deja de ser una realidad, que por medio del dinero pueda el sujeto dañado proporcionarse otras sensaciones placenteras que disminuyan su insatisfacción. Y no puede repugnar que ello suponga tratar desigualmente al sujeto dañado en atención a su mejor o peor situación económica o social. El principio está ya contenido en las Partidas cuando señalan que “en vna deshonrra non puede venir yqual pena, nin yqual emienda... porque las personas, e los fechos dellas, non son contados por yguales” (7.^a, IX, XXI), y es en realidad el que más adecuado resulta, ya que verdaderamente nada habría más injusto que un trato igual a desiguales.

C) *Función mixta.*

Se sostiene asimismo que la cantidad que se entrega al que sufre un daño moral juega el doble papel de punitiva y compensatoria (88). La postura no parece defendible, porque si una forma pura explica suficientemente el cometido y las peculiaridades del dinero de dolor, ocioso resulta recurrir a formas híbridas.

D) *La postura de nuestra Jurisprudencia.*

La Jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo sigue el criterio que defendemos. La afirmación obvia de que el dinero de dolor no constituye verdadero y propio resarcimiento, se contiene en la importantísima Sentencia de 7 de febrero de 1962 que señala que, “como los derechos de la personalidad no se acomodan a una estimación pecuniaria”, el dinero “no puede cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material”. Implícitamente lo reconocía así la Sentencia de 6 de diciembre de 1912 al señalar que “la indemnización pecuniaria, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves... es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales directamente causados...”

(88) Así, ALVAREZ VIGARAY (op. et loc. cits. pág. 95) y SANTOS BRIZ (*De-recho de Daños*, Madrid 1962, pág. 147).

Pueden situarse también en esta línea las Sentencias de 19 de mayo de 1934 y 2 de diciembre de 1946.

Puede decirse que la función compensatoria del dinero es, en éstos casos, la usualmente admitida. Expresamente se pronuncian en este sentido las Sentencias de 17 de febrero de 1956 y 28 de febrero de 1964. La de 7 de febrero de 1962 aquilata no obstante, y siguiendo una postura mantenida por Larenz, la diferencia existente entre las nociones de "compensación" y "satisfacción". Señala en su séptimo considerando, tras rechazar que el dinero cumpla una función de equivalencia, que "la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto ("pretium doloris"), pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables o, más bien, revistiendo la reparación acordada al lesionado la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral".

A mi juicio este preciosismo terminológico resulta innecesario. Ciertamente el sentido etimológico del término "compensación" da a entender una relación de equivalencia que no puede existir en el caso que nos ocupa, pero sin embargo lo cierto es que el lenguaje corriente emplea los términos "compensación" y "satisfacción" indistintamente, y creo que no hay obstáculo para aceptarlo así toda vez que ello no enturbia el razonamiento.

En algunas Sentencias, se ha dado relevancia al doble papel, punitivo y compensatorio, del dinero de dolor. La Sentencia de 7 de febrero de 1962 señala en efecto que "esta Sala tiene declarado que... la condena de dinero... tiene tanto de punitiva como de compensatoria". La alusión es, no obstante, puramente incidental, y se refiere a la postura mantenida en la Sentencia de 21 de enero de 1957. El examen de la misma permitirá averiguar el verdadero valor de dicha declaración.

Para ello resulta necesario esbozar los hechos que la motivaron. A consecuencia de haberse declarado por los Tribunales Eclesiásticos la nulidad del matrimonio canónico de don José S. de R. con doña Pilar L. G. por miedo reverencial del marido, dicha señora solicita indemnización por los daños y perjuicios de carácter moral que se le habían causado. En primera Instancia se declaró que, siendo responsable doña Carmen P. de haber causado la nulidad del matrimonio de su hijo, inducido por ella a manifestar su consentimiento contra su íntimo deseo, condena a la misma a pagar a la actora la cantidad de 150.000 pesetas. Apelada la Sentencia, y confirmado su fallo por la Audiencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por doña Carmen.

Los términos contenidos en la Sentencia censuran con duros calificativos, la conducta de la recurrente. Se señala, en efecto, que "doña Carmen P. impuso el matrimonio a su hijo, y valida de su ascendiente sobre éste, venció su voluntad por una fuerza coactiva su-

perior, "absoluta", "autoritaria", "dominante" y "absorbente", actuando primero en forma "disimulada", "suave" y "diplomática", y después "imperiosa", "enérgica", "decidida" y "violentamente", expresiones éstas —del Tribunal Eclesiástico— que literalmente se traen aquí a colación, más que para ponderar la entidad del denominado en lenguaje canónico "miedo reverencial"... porque así pueden explicarse las razones de que partieron los Sentenciadores civiles para determinar... las consecuencias que ante la resolución del pleito eclesiástico tenía lo ocurrido para la esposa", a la que califica de "*única víctima de una coacción que...* la dejaba totalmente abandonada y en una situación social nada deseable", provocada por la ilícita conducta" de doña Carmen, "censurada con rotundos calificativos por las autoridades eclesiásticas".

Creo que todo ello resulta suficientemente explicativo de la función parcialmente "punitiva" que se asigna aquí a la indemnización del daño moral, como para hacer innecesario cualquier comentario que pueda hacerse. Separada tal afirmación del contexto del caso que nos ocupa pierde toda su validez. La postura es por otra parte, y como ya se dijo, minoritaria.

3) *Criterios de estimación de la cuantía del dinero de dolor.*

La cuestión es de una extraordinaria importancia práctica. Según las Sentencias de 2 de diciembre de 1946 y 7 de febrero de 1962, la graduación de la indemnización por daño moral debe hacerse "de modo discrecional" y "sin sujeción a pruebas de tipo objetivo" (89), tomando en consideración "las circunstancias y necesidades del caso concreto". El problema que se nos plantea ahora es el de ver cuáles hayan sido esas "circunstancias" que nuestra Jurisprudencia ha tomado en consideración.

a) El primer punto al que se atiende es al hecho de que del daño moral deriven o no repercusiones patrimoniales, lo cual es perfectamente lógico. Ya se ha hecho notar con anterioridad la diferente cuantía de la indemnización que conceden las Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y la de 7 de noviembre de 1919. Siendo los supuestos muy similares (en ambos se imputaba a una persona una conducta inmo-

(89) La cuantía indemnizatoria de algo tan grave como la muerte de una hija, dirá la Sentencia de 4 de julio de 1970, no puede hacerse depender del resultado de un asesoramiento técnico objetivo y frío, sino que el Tribunal habrá de atender al criterio que en orden a las circunstancias del caso llegue a formar, aunando la recta administración de la justicia con el cumplimiento de la ley. "En el presente caso —dice GARCÍA CANTERO— la cuantía de la indemnización por la muerte de una niña de seis años se fija en 300.000 pesetas en concepto de seguro obligatorio. *No parece que haya que entender la Sentencia en el sentido de que no proceda la práctica de la prueba pericial en caso de muerte, sino que su falta no impide la apreciación discrecional y ponderada del juzgador en orden a la determinación de su cuantía*". (Por haberme sido imposible consultar directamente la Sentencia, utilicé el resumen que de la misma se hace en el ADC, fascículo IV, 1970, pág. 848, comentada por GARCÍA CANTERO).

ral), e idéntico el medio de divulgación de la ofensa empleado (la Prensa periódica), la existencia en aquel caso de unos quebrantos patrimoniales, ni siquiera producidos, sino simplemente *previsibles*, hacen que la cuantía de la indemnización en el primer supuesto —150.000 pesetas— sea muy superior a la concedida en el segundo —20.000 pesetas—.

A mi juicio, y no obstante reconociendo que la brevedad del plazo legal para solicitar la indemnización por daño moral puede dar origen a que una repercusión de tipo patrimonial se produzca transcurrido el mismo, la simple *previsibilidad* de que dicha repercusión se origine no debe resultar decisiva. Lo más adecuado en este punto será exigir la prueba de la realidad de dichos daños patrimoniales, así como la expresa determinación de su cuantía.

b) Influirá también de modo considerable la gravedad del acto causante del daño. Así lo reconoció la Sentencia de 7 de noviembre de 1919. Como ya se dijo, ello no implica un reconocimiento del carácter punitivo del dinero de dolor, sino que puede explicarse perfectamente porque, siendo la repercusión psíquica que el acto causa en quien lo sufre mayor o menor según sea aquél doloso o culposo, es lógico que de la indemnización sea, en el primer caso, mayor que en el segundo. Y es que, como sabiamente señalaban las Partidas, "...cierta pena nin cierta emienda non podemos establecer en razon de las emiendas que deuen fazer los vnos a los otros; por los tuerdos e las deshonrras que son fechas entre ellos; porque en vna deshonrra misma non puede venir yqual pena nin yqual emienda... porque las personas, e los *fechos dellas*, no son contados por yguales". (7.^a, IX, XXI).

c) Se toman asimismo en consideración las condiciones peculiares de la persona ofendida. La Sentencia de 7 de febrero de 1962 señala, en su décimo considerando, que el daño moral es más grave cuando se refleja en el crédito comercial de quién, como el que lo sufre, era comerciante. También se ha ponderado la gravedad de la ofensa en razón al sexo del ofendido (Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y 12 de marzo de 1928), edad (Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y 19 de mayo de 1934), e incluso la "honorabilidad" del sujeto dañado. Confróntese en este punto las Sentencias de 12 de marzo de 1928 y 3 de junio de 1957.

d) Como ciertamente la gravedad de la ofensa puede y debe graduarse en razón a quien la sufre, se ha tomado también en consideración la posición social del ofendido. Así ocurre en la Sentencia de 1912 tantas veces citada. El principio está sólidamente arrraigado en nuestro Derecho. Ya el Fuero Viejo castigaba diversamente las palabras injuriosas que menciona la Ley IX del Título I del Libro II, según que el injuriado fuese "fijodalgo" o "labrador". Veáse también el texto de las Partidas que anteriormente citamos. Obviamente, el principio no debe tener aplicación cuando se trate de dolor derivado de una lesión física.

e) El medio empleado, así como la mayor o menor difusión de la ofensa, pesan decisivamente a la hora de determinar la cuantía de la indemnización. En este sentido destaca la Sentencia de 12 de marzo de 1928. Y es que, como señalaban las Partidas, "el mal que los omes dizen vnos de otros, por escriptos o por rimas, es peor que aquél que dizen de otra guisa por palabra, porque dura la remembranza de ello para siempre; más lo que es dicho de otra guisa por palabra, oluidase ayna" (7.^a, IX, III). Ello se debe también a la mayor difusión de los escritos, porque solían echarse "en las casas de los grandes Señores, e en las Eglesias, e en las Plaças comunales de las ciudades e de las villas, por que cada vno lo pueda leer". La difusión será también mayor o menor, "por razón del lugar do es fecha la deshonrra, como cuando deshonrran a alguno de palabra, o de hecho, delante del Rey, o delante de alguno de los que han poder de juzgar por el, o en Concejo, o en Yglesia, o en otro lugar publicamente ante muchos" (7.^a, IX, XX).

f) Aunque no consagrado jurisprudencialmente, parece que deberá pesar también la mayor o menor relación que pueda mediar entre ofensor y ofendido, ya sea por razón de parentesco, de gratitud, e incluso de otro tipo. Así, la Partida 7.^a, Título IX, ley XX, pondera la gravedad de la ofensa "por razón de la persona que recibe la deshonrra, ansi como si es fecha a padre de su fijo, o al auelo de su nieto, o al Señor de su uasallo o de su rapaz; o de aquel que el afforo, o de aquel que el crió". Puede entenderse en tales casos que la aplicación del artículo 1.902 es compatible con las formas específicas de sanción que contienen los artículos 648 y 756 del Código civil.

II. LA REPARACION EN FORMA ESPECIFICA

Es posible afirmar que la reparación en forma específica es al daño moral lo que el resarcimiento al daño patrimonial. Al igual que el dinero juega plenamente su papel cuando de reponer una pérdida económica se trata, la reparación en específico es, normalmente, la forma más idónea para restablecer el menoscabo sufrido en el patrimonio moral y afectivo del sujeto dañado.

Esta forma de reparación es, por otro lado, la más antigua. Ya se ha dicho que tratándose de daños morales fue antes la pena que la indemnización; comoquiera que su cuantía, casi siempre muy reducida, había de dividirse normalmente en varias partes, la reparación puramente nominal que con ello se conseguía es el precedente de esos supuestos en que, como dicen los Mazeaud (90), los Tribunales se contentan con pronunciar una condena simbólica a un franco en concepto de daños y perjuicios. Sin embargo, no todo quedaba reducido a ésto; así, tratándose de insultos, y aparte

(90) *Derecho civil*, cit., pág. 71.

la entrega de cantidad, se exigía normalmente la retractación del culpable. La fórmula “e sobre esto iure que aquel mal quel disso no lo sabie en el”, era la usual en nuestros Fueros en este punto.

Claro es que, como dice Rotondi (91), el resarcimiento en específico habrá de revestir la forma más adecuada en cada caso. Así por ejemplo, tratándose de un sujeto ofendido en su reputación, la reparación podrá consistir en un mentís por medio de la imprenta, en la publicación de la Sentencia condenatoria del culpable, y así sucesivamente.

Sin embargo, habrá casos en que la reparación en específico no sea posible o, más frecuentemente, sea insuficiente para remediar el daño sufrido. En tales supuestos, y como ya se dijo, cabe perfectamente admitir la entrega de una suma de dinero que compense, en cierto modo, la deficiencia de la reparación en específico. Este es al menos el camino más seguro para atajar de raíz el previsible aluvión de demandas tendentes a la indemnización de cantidad, que se producirá de seguirse una línea de optimista apreciación monetaria de los daños morales.

En nuestro Derecho puede perfectamente entenderse así. Aunque en alguna Sentencia (así en la de 22 de octubre de 1932) nuestro Tribunal Supremo haya declarado que la deuda de reparación a que da lugar el artículo 1.902 del Código civil tenga naturaleza pecuniaria, y no la de una prestación de hacer para reponer las cosas dañadas a su primitivo estado, ello no circscribe el supuesto a que nos referimos. La tesis de que “indemnizar y reparar tiene siempre idéntico contenido, o sea, el que fija con carácter general el artículo 1.106 como deuda del valor de la pérdida sufrida”, es correcta cuando de daño patrimonial se trata, ya que en tales casos la reparación en específico podrá ser injusta por lo onerosa. Pero cuando se trate de un supuesto de daño moral esa forma de reparación es normalmente la más adecuada, por ser la más idónea para restablecer el quebranto experimentado.

Entendiéndolo así, la Sentencia de 7 de febrero de 1962, que copia un razonamiento de Gangi (92), señala que la tutela del honor en la vía civil otorga al ofendido, “no sólo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado”. En la amplitud de tales términos se acogen tanto la propia actividad del ofendido, encaminada a hacer cesar la ofensa (singularmente por el derecho que regula el Decreto de 31 de marzo de 1966), como la que se dirige a obtener la pública retractación del ofendido, así como la inserción en la Prensa periódica, y a costa de aquél, de la sentencia condenatoria. Esta última forma de reparación, sobre todo ha sido muy frecuente en nuestra Jurisprudencia.

(91) Op. cit., pág. 369.

(92) Vid. CASTÁN, *Derecho civil I*, 2.º, pág. 359.

Interesante en este punto es la Sentencia de 25 de febrero de 1928, dictada en caso de estupro y acción civil que del mismo se deriva, que señala que "la dote de la madre seducida y la declaración de filiación, son la reparación específica ordenada en el artículo 464 del Código penal, al que, sin citarlo, alude el último párrafo del artículo 135 del Código civil".

LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

Se ha pretendido ver en la dificultad de la prueba del daño moral un argumento en contra de la posibilidad de indemnizarlo. En realidad, quienes así proceden no hacen sino intentar llevar al campo de lo extrapatrimonial unos principios y criterios que sólo tienen validez en el campo de lo patrimonial. Al verse que la aplicación de los mismos no es posible fuera de aquella órbita, se niega la posibilidad de indemnizar el daño moral. Ya se vio que lo mismo ocurría cuando de fijar la cuantía del daño se trataba, pero es claro que, en ambos casos, no se trata tanto de una imposibilidad cuanto de una simple dificultad que no es obstáculo para negar la validez, en la vía civil, del daño moral. Los términos amplios del artículo 1.902 C. c. pueden efectivamente acogerlo; aceptado esto, la tarea que se impone es buscar vías que posibiliten su aplicación. Ciertamente, y como ya se ha señalado, el contexto del articulado de nuestro Código civil ha sido pensado en función de la problemática específica del daño patrimonial, pero sin embargo suministra cauces para que el daño moral discorra.

En lo que al problema de la prueba se refiere, los artículos 1.249 y 1.253 son perfectamente idóneos a tal fin. Acreditado completamente el hecho del que se pretende ha derivado un daño moral (el accidente, la noticia difamadora, etc.), el juez apreciará "según las reglas del criterio humano", si tal hecho es *adecuado* para producir el daño moral que se pretende haber sufrido. Precisamente esa llamada al "criterio humano", que supone un examen del caso según el *sentir común*, es la mejor garantía contra las alegaciones caprichosas de daños morales que no existirán, muchas veces, más que en la susceptibilidad del alegante. (Véanse en este sentido las Sentencias de 3 de junio de 1957 y 4 de junio de 1962). Por otra parte, al "objetivizarse" su apreciación, se excluye esa posibilidad, por demás engañosa, de que el juez se guíe por los signos externos del dolor. La exigencia de que el dolor sea "profundo" encontrará aquí cauce de desenvolvimiento idóneo y, como decimos, su apreciación se hará más en base a un criterio objetivo (esas *reglas del criterio humano*) que a la sensibilidad del perjudicado que, como señala Montel (93), suele ser morbosa.

Precisamente en el momento en que esa conexión entre el hecho

(93) Op. cit., pág. 98.

y el daño alegado, según esas reglas del criterio humano, se debiere, será preciso acudir a otra "prueba objetiva". Normalmente no será preciso hacerlo cuando exista verdaderamente un daño moral, pero si la conexión no se aprecia, y el daño moral existe, el sujeto dañado siempre tendrá en su mano otros cauces probatorios. Con todo el supuesto será raro en la práctica.

Nuestra Jurisprudencia está en la misma línea de razonamientos que se acaban de exponer. Resulta interesante la Sentencia de 25 de junio de 1945; un falso informe, producto de involuntario error rápidamente rectificado por un Banco, motivó que a un comerciante le sea protestada una letra de cambio por falta de pago. El Tribunal Supremo rechazó la posibilidad de apreciar daño moral por no concurrir propósito difamatorio y "porque la rápida rectificación y el reducido círculo en que la información de que se trata se desenvolvió, no permiten apreciar la *probabilidad* del perjuicio, salvo la *demostración de la realidad de éste*". En términos similares, la Sentencia de 13 de noviembre de 1917 señala, en su primer considerando, que las responsabilidades derivadas conforme a los artículos 1.092 y 1.902, de obligaciones dimanantes de causa penable, culpable o negligencia, requieren, para ser exigibles en la vía civil, no solamente que la ejecución del acto que constituya el delito integre la culpa o demuestre la imprudencia cometida, sino que además se *justifique*, o *surja la certeza*, de que por consecuencia de aquéllos ha sobrevenido daño o perjuicio a la persona ofendida o a un tercero.

La apreciación del daño, según el sentir común, se contiene en la Sentencia de 21 de enero de 1957. Cuestionada la realidad del daño sufrido por doña Pilar L. G., a consecuencia de la anulación de su matrimonio por miedo reverencial, el Tribunal Supremo señala en su último Considerando que el daño, en tal caso, "no consiste, como equivocadamente se sostiene, en haber quedado libre del vínculo que la ligaba, sino, lo que es muy distinto, en ver rotos los lazos matrimoniales *en razón y circunstancias que normalmente no le permiten rehacer su vida*", de cuya ruptura derivó un daño patrimonial, cual es "verse privada del menguado auxilio que antes, y en el curso del proceso", le era facilitado a aquélla.

Aplicando ese criterio del sentir común, el Tribunal Supremo desestimó, en Sentencia de 3 de junio de 1957, la reclamación solicitada por el recurrente por el dolor moral que le había causado la muerte de una hija suya, ya que la notoria "debilidad o ausencia de las relaciones paterno-familiares que se observa" en ellos, llevada al extremo de que, pese a la "ausencia de ocupación honesta en ella" no habían movido al actor "a procurar que juntos vivieran, hace deleznable su posición, tanto en cuanto al dolor psicofísico que aduce, como respecto al moral que dice le ha causado el no haber recibido la interesada auxilios espirituales".

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACION

Es un supuesto verdaderamente problemático el de determinar la legitimación activa (94) para reclamar por el daño moral sufrido cuando la persona, directa y primordialmente dañada, fallece antes de ejercitar la acción, sea su muerte provocada por el hecho dañoso, sea con independencia del mismo. ¿Se transmite en tal caso su acción a los herederos?

El problema es complejo y calquier solución que se le dé, discutible. La doctrina (95) se inclina por la transmisibilidad de la acción, pero esta solución, que se apoya ciertamente en el artículo 105 del Código penal, y en el contenido patrimonial que normalmente tiene, no resulta plenamente satisfactoria.

Conviene partir en este punto de una premisa que resulta indispensable. Ya se ha dicho que, tratándose de daños morales, la reparación en forma específica es la más adecuada pensable en términos generales. Es obvio que, en la mayoría de los casos, esa reparación es la única que puede restablecer la situación anterior por el juego de la más elemental idea de equidad; pero teniendo en cuenta que en muchos supuestos esa forma de reparación no logra llenar por completo su finalidad o, habida cuenta de la naturaleza del daño, carece en absoluto de idoneidad para remediar el menoscabo, es admisible la entrega de una suma de dinero que, compensando en el primer caso la deficiencia de la reparación en específico, la sustituya en el segundo.

Y resulta necesario tener en cuenta tanto la doble modalidad de reparación cuanto su respectiva finalidad. En línea teórica la reparación en forma específica es la única que en estos casos puede *resarcir* el daño causado. Cuando el daño moral consiste en una deshonra, y la persona ofendida fallece antes de ejercitar la acción, la reparación en específico puede, pese a ello, seguir cumpliendo su finalidad. Muerta la persona subsiste en cambio su memoria, y al heredero, como defensor de la "personalidad pretérita" (96) del causante, incumbe obtener la reparación. El principio contenido en el artículo 466 del Código Penal es claro al respecto. Ahora bien, ¿da derecho a solicitar una entrega de dinero? La cuestión es dudosa porque difícilmente podría explicarse el papel que dicha suma jugaría. Es evidente que no constituye resarcimiento y parece que los argumentos que se dieron para rechazar la función punitiva son de peso. Queda, pues, la función compensatoria, pero, ¿a quién va a compensar la cantidad? Es obvio que no al difunto y, ¿puede decirse que vaya a compensar al heredero si éste no ha sufrido el quebranto como propio?, porque

(94) Sobre el punto pueden verse los trabajos de ALVAREZ VIGARAY (op. et loc. cits., págs. 105 ss.), y FEDERICO DE CASTRO ("La indemnización...", cit.).

(95) ALBALADEJO-LACRUZ, "Derecho de Sucesiones, Parte General", Barcelona, 1961, pág. 117.

(96) ALBALADEJO-LACRUZ, op. cit. pág. 123.

si fuera así el derecho no lo ejercitaría como heredero, sino como ofendido.

Y si ello es dudoso, la dificultad se acentúa cuando la reparación en forma específica no es posible y hay que admitir la entrega de una cantidad de dinero como sustitutiva de aquélla. Tal ocurre en los supuestos de daño moral por causa de muerte.

En tales casos, producido el daño, la equidad justifica su reparación y es forzoso acudir al dinero habida cuenta la improcedencia absoluta de la reparación en específico y la justicia de que proceda alguna. Una primera visión del problema nos dice que, teniendo contenido económico, la acción se transmite a los herederos, pero la cuestión es confusa. En primer lugar, porque nuestra jurisprudencia, con un criterio amplio de equidad, salva la frecuentemente indemostrada condición de herederos de quienes reclaman el dinero de dolor, y las dos explicaciones posibles que justificarían su proceder resultan poco satisfactorias. De Castro señala que "los hijos y descendientes, los padres y ascendientes, el cónyuge viudo, son herederos forzosos (artículo 807 C. c.), cualidad plenamente eficaz desde la aceptación (988 C. c.), y ésta existe (tácita), por el mero hecho de demandar la indemnización alegando la condición de herederos (999 C. c.)", pero ello sería tanto como admitir que el legitimario tiene forzosamente que ser heredero, cosa que no parece defendible desde el momento en que se piensa la posibilidad de que el legitimario reciba su porción por vía de legado o donación.

Por otra parte, y habida cuenta que pese a la indemostrada condición de herederos, el Tribunal Supremo acuerda la indemnización, podría pensarse que legitima a los más allegados "iure proprio", cosa que se reafirma si se tiene en cuenta que la suma de dinero no se gradúa para compensar el menoscabo del causante, sino el propio quebranto sufrido por aquéllos. El Tribunal Supremo entiende que lo que ocurre en tales casos es que, aparte del dolor psicofísico que el accidente hace sufrir a la víctima, sus más allegados están legitimados para reclamar por el propio quebranto, pero, ¿es que ese propio quebranto existe sólo cuando el ofendido muere?

Las soluciones jurisprudenciales en estos casos son equitativas y por ello justas, pero difícilmente podrían tener una base jurídicamente satisfactoria. El artículo 105 del Código penal, al establecer la transmisibilidad de la acción cuando la ofensa sea constitutiva de delito o falta, se opone a la postura de configurarla como personalísima, que quizás fuera la más adecuada. Lo que no parece defendible es admitir ese doble plano de indemnización, a los herederos y a los más allegados, que se adivina en nuestra Jurisprudencia (singularmente en la Sentencia de 17 de febrero de 1956), porque si normalmente aquéllos coincidirán, habrá casos en que ello no será así, y no parece defendible admitirla para ambos.

Señalemos por último, con Díez Picazo (97), que no parece que deban ser legitimados quienes estén ligados "iure sanguinis" a la víctima. A mi juicio más conveniente parece defender que puedan solicitarla quienes estén ligados a aquélla por vínculos afectivos, de dependencia económica y comunidad de vida, siempre que no repose en una relación reprobada por la ley o por las normas de moral socialmente establecidas.

DOS SUPUESTOS ESPECIFICOS

I. *La ruptura de esponsales y el daño moral.*

Resulta interesante detenerse, siquiera sea brevemente, a examinar este supuesto. Indudablemente, la lógica nos dice que la persona que ve roto el vínculo esponsalicio ha de experimentar con ello un quebranto moral por la desaparición de la perspectiva de contraer el matrimonio que le ilusionaba. En base a ello, ¿puede considerarse justa la norma contenida en el artículo 44 del Código civil al limitar la indemnización a los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido?

A primera vista pudiera parecer que no, que la no consideración del plano afectivo, que es el que da justificación y sentido al vínculo esponsalicio, desnaturaliza una regulación en la que lo accesorio, esto es, la indemnización por los gastos hechos en consideración al matrimonio proyectado, priva sobre lo fundamental, sobre esa comunidad de afectos que se rompe y que era la que justificaba la realización de tales gastos.

No obstante, y no es ninguna novedad, desde un punto de vista estrictamente jurídico la solución es perfectamente lógica, y son varias las razones que la abonan. Se dice que no se trata de un acto antijurídico puesto que el propio ordenamiento permite la ruptura de esponsales (98); que con ello se garantiza, hasta el último momento, la libertad de contraer matrimonio, evitando que la perspectiva de abonar una indemnización por los daños morales derivados del incumplimiento del contrato esponsalicio, incline a los prometidos a celebrar matrimonio (99). Tampoco sería flaco argumento el de que, con ello, se limitaría la de otro modo inevitable proliferación de demandas para reclamar la indemnización de los mismos, aunque ciertamente los requisitos del artículo 44, párrafo primero, limitarían considerablemente el número de aquéllas.

(97) "Estudios sobre la Jurisprudencia civil", I, Madrid 1966, pág. 673.

(98) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER en sus anotaciones al "Tratado de Derecho civil", de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, "Derecho de familia", Barcelona, 1941, pág. 32.

(99) CHIRONI (op. cit. II, pág. 248), y ALVAREZ VIGARAY (op. et loc. cits., página 100).

Lo que el artículo 44 parece excluir en realidad es la posible aplicación del artículo 1.101 del Código civil. Este señala que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contraviniere al tenor de aquéllas”. Al ocuparse del mismo, la doctrina ha señalado que desde el momento en que se admite la responsabilidad por daño moral en sede extracontractual no hay razón para dejar de admitirla respecto a los contratos (100). Se entiende así que el artículo 1.101 comprende todos los daños, tanto los patrimoniales como los morales. Pues bien, frente a éste, el contenido del artículo 44 es más restringido; limita la indemnización por ruptura del contrato esponsalicio a los gastos hechos “por razón del matrimonio prometido”.

Sin embargo, dicho artículo no excluye en modo alguno la posibilidad de aplicar el artículo 1.902 del Código civil. Como dice Chiróni, “fuera de la ruptura en sí misma considerada pueden existir hechos que, aun habiéndola determinado, o aun a ella refiriéndose en algún modo, son materia independiente de injuria” (101), y es que pudiera ocurrir que la conducta del que injustificadamente la provoca dañase la reputación del otro y, singularmente cuando de la mujer se trata, impidiere la posibilidad de contraer ulterior matrimonio o la colocare “en circunstancias que normalmente no le permiten rehacer su vida” (102). Aunque García Cantero (103) se haya ocupado del supuesto de seducción, hay que entender que no es el único caso pensable. En tales supuestos se superpondrán dos planos de reclamación; una en base al artículo 44 para pedir la indemnización de los gastos hechos en razón al matrimonio prometido, y la del artículo 1.902 para reclamar por el daño moral causado.

II. *El daño a la memoria del difunto.*

Un caso muy peculiar de daño moral es aquel que supone la afrenta hecha a la memoria del difunto. El supuesto es ciertamente problemático. Pudiera pensarse que, como desde el punto de vista técnico el cadáver no es persona (art. 32 del Código civil), sino una “cosa mueble de naturaleza especial”, aunque no pertenezca en propiedad a alguien (104), no siendo “otro” ni “de otro”, se excluiría la posibilidad de que el supuesto que nos ocupa pudiera tener cabida en los términos del artículo 1.902.

(100) CASTÁN (“*Derecho civil*”, cit. III, pág. 193), ALVAREZ VIGARAY (op. et loc. cits., pág. 89), BORRELL SOLER (“*Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*”, Barcelona, 1954 págs. 118, 119).

(101) Op. cit. I, pág. 316.

(102) Es perfectamente aplicable aquí el razonamiento de la Sentencia de 21 de enero de 1957, de la que ya tuvimos ocasión de ocuparnos.

(103) “*El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español!*”, Madrid-Roma, 1959, págs. 74 ss. Véase también LACRUZ, “*Derecho de familia, El matrimonio y su economía*”, Barcelona, 1963, pág. 53.

(104) Sobre el tema puede verse el trabajo de Angel M. LÓPEZ LÓPEZ,

El razonamiento, sin embargo, no resulta satisfactorio. La lógica nos dice que la memoria del difunto, esto es, aquel conjunto de cualidades que le hacían respetado y querido, no desaparece con su muerte. Anudándose tales cualidades más que a su cuerpo a su alma, y perviviendo ésta, aquéllas en cierto modo perviven, y repugna al sentir social que tales cualidades sean puestas, impunemente, en entredicho.

El problema queda paliado cuando del daño a la memoria del difunto se deriva un daño a otro. Cupis (105) señala que el menoscabo del buen nombre y la honorabilidad del difunto pueden fácilmente convertirse en menosprecio del buen nombre y la honorabilidad de sus parientes. El supuesto puede ampliarse, no obstante, porque puede ocurrir que la afrenta manche la honorabilidad de otro grupo en que aquél estuviese en vida encuadrado (una corporación profesional, por ejemplo). En tales casos es perfectamente posible que los así dañados accionen, en base al artículo 1.902, para obtener la reparación del daño. Ello es lógico porque la enumeración que hace la Sentencia de 7 de febrero de 1962, señalando las principales manifestaciones del honor que se acomodan a la protección civil, se cierra con un “etcétera” altamente sugestivo, en que pueden tener cabida el “honor familiar” o “corporativo”, póngase por caso.

Sin embargo, y aunque no se aprecie que de la ofensa a la memoria del difunto se haya derivado algún quebranto para quienes le sobreviven, queda la posibilidad de actuar que establece el artículo 466 del Código penal, al señalar que “podrán ejercitarse la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del difunto agraviado, siempre que la calumnia o injuria trascienda a ellos y, en todo caso, el heredero”. A la vista de este precepto es claro que el heredero puede actuar aunque no se derive para su persona ningún quebranto a consecuencia de la ofensa. No parece satisfactoria, en cambio, la posibilidad de solicitar una entrega de dinero como indemnización cuando no se alega el propio quebranto. En tal caso, la reparación en forma específica será la única que deba concederse.

“Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos”, en ADC, 1969, I, singularmente la página 152.

(105) Op. cit., pág. 304.

La propiedad horizontal como colectividad organizada

(Anotaciones a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo)

VICENTE LUIS MONTES PENADES

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Los límites de la propiedad de los elementos privativos:* 1. Cuestión preliminar: el carácter imperativo o dispositivo de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal. 2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 3. Ratio decidendi y obiter dicta. 4. Posición de la doctrina. 5. Sentido y alcance de la norma del art. 7, pf. 1.^º LPH. 6. Los límites del art. 7.^º, pf. 1.^º. 7. La estructura y configuración del edificio como límite: A) La fijación del título. B) El interés de la comunidad. C) Sentido del art. 11 de la LPH.—III. *El poder de la colectividad sobre los elementos comunes: Régimen de la alteración de los elementos comunes:* 8. Determinación de los elementos comunes. 9. Jurisprudencia del T. S. 10. Examen especial del vuelo. 11. La regulación especial del derecho de vuelo. 12. Conclusiones críticas.—IV. *Los órganos de gestión y administración de la Propiedad Horizontal:* 13. Planteamiento. 14. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 15. La «representación» del Presidente: A) El ejercicio de acciones por los condóminos en la copropiedad. B) Los principios de la representación en nuestro derecho. 16. Carácteres de la representación del Presidente: A) La obligatoriedad del nombramiento. B) La separación de funciones entre el administrador y Presidente. C) La fuente de la representación: recurso a la representación legal. D) Presencia y sentido de la «Comunidad»: el recurso a la llamada «representación orgánica». 17. Alcance y contenido de la representación: A) Ámbito del poder. B) La actuación del presidente fuera de los límites de su poder. C) Contenido del poder: legitimación activa y pasiva. 18. Conclusiones críticas.

I. INTRODUCCION.

Pasados doce años desde la publicación de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre la Propiedad Horizontal, acaso es ya momento oportuno para un estudio jurisprudencial de la institución que no sea ni un puro repertorio de axiomas, ni una mera lista de “doctrinas legales”, sino que intente captar la significación de la jurisprudencia

en esta materia como experiencia jurídica en la solución de los conflictos de intereses que se han venido produciendo (1).

Se trata de ofrecer una imagen clara y real de nuestra Jurisprudencia en este campo, ceñida a algunos aspectos de la Propiedad Horizontal; a los componentes que nos parecen más significativos dentro de la institución, hasta el punto de poder decir que son estos factores los que le proporcionan su especial fisonomía y configuración. Se intenta, pues, llegar al conocimiento de la Propiedad de casas por pisos partiendo de la experiencia jurídica que se contiene en las sentencias del Tribunal Supremo. En último término, más que una depuración de la Jurisprudencia, buscamos una construcción del instituto.

La bibliografía existente en torno a la Propiedad Horizontal en la Jurisprudencia se centra en la búsqueda de las "doctrinas legales" e intenta ofrecer un repertorio de máximas o reglas generales que resuelva o contribuya a resolver los conflictos concretos (2). En este trabajo procuraremos huir de toda generalización o axiomatización, así como desbrozar de todos los "obiter dicta" las sentencias estudiadas y exponer y analizar los supuestos de hecho (3).

Es de observar cómo los resultados del análisis dependen en gran medida del método utilizado. Así, la Propiedad Horizontal viene siendo explicada como una institución especial, compleja e independiente del condominio, y en numerosas sentencias se pueden leer expresiones de este tipo. Pero estas definiciones, aparte de que por sí mismas carecen de valor explicativo, derivan de consideraciones de carácter doctrinal formuladas por el Tribunal Supremo que ni son fundamento del fallo ni, por ende, pueden dar lugar a doctrina legal. Esto es, derivan de puros "obiter dicta".

Las dos notas que caracterizarían a la Propiedad Horizontal des-

(1) Vide: DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*. I. Madrid, 1966, pág. 38; LALAGUNA, E., *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*. Pamplona, 1969, págs. 266 a 270.

(2) Vide: SANTOS BRIZ, *La Propiedad Horizontal en la Jurisprudencia*, en «R. D. P.», 1969, págs. 333 y ss.; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Jurisprudencia de Propiedad Horizontal*, en la «R. D. P.», a partir de febrero de 1971, página 24 y sig., 316 y sig., 449 y sig., en 1972, págs. 161-69, 252-58, 343-48, 457-61 y 823-33. El repertorio recogido por este autor comprende también las sentencias de las Audiencias Territoriales, de los Juzgados de 1.^a Instancia y Municipales y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros. También CORTÉS GIRÓ, V., *Nueva Jurisprudencia y Resoluciones Oficiales sobre Propiedad Horizontal*, en «Revista General de Derecho», 1966, págs. 22 y sig.; *Jurisprudencia y Notas sobre Propiedad Horizontal*, en la misma Revista, 1966, págs. 608 y sig. Sobre algunas Sentencias existen comentarios a parte, que serán citados en el lugar y momento oportunos.

(3) Vide: LALAGUNA, op. cit., pág. 55; PUIG BRUTAU, *Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1953, págs. 40 y sig.; 42-43 y 54. Este autor señala muy certeramente que la ratio decidendi sólo puede valorarse debidamente a base de confrontar los hechos del caso resuelto y los del que se ha de resolver. Este criterio ha sido seguido, entre otros, por citados DÍEZ-PICAZO y LALAGUNA (op. cit., 268).

de el punto de vista de su naturaleza jurídica, según la interpretación que la doctrina más general da a la Jurisprudencia, serían las siguientes:

- a) La "yuxtaposición de dos clases de propiedad" que dotan a la Institución de su especialidad.
- b) Que la Propiedad Horizontal no es una comunidad (4).

La primera nota, que tiene su origen en una autorizada opinión (5), es hoy también, a lo que parece, el criterio legal. Así lo da a entender el artículo 3.^º de la Ley vigente. Sólo que, aun admitiendo como característica fundamental esta "yuxtaposición de dos clases de propiedad", con esta fórmula no se ha resuelto todo problema. Como veremos, las más importantes cuestiones que se plantean en torno a la Propiedad Horizontal derivan precisamente de las relaciones entre dos ámbitos de poder: el de cada propietario y el de la comunidad. Las concretas tensiones entre el propietario del piso y el grupo de copropietarios del entero edificio son la base de la mayoría de los conflictos.

Por otra parte, negar que en la Propiedad Horizontal exista una comunidad sólo se puede defender, en principio, entendiendo que esta formulación quiere indicar que no estamos ante la comunidad jurídica clásica del Código civil, sino ante una comunidad especial, por lo que algunas normas del Código civil no resultan aplicables (6). Pero, como vamos a ver, cualquier construcción de la Propiedad Horizontal que olvide o subvalore el elemento comunitario se verá imposibilitada de explicar el fenómeno de la Propiedad Horizontal en términos lógicos.

El poder de la comunidad o grupo de propietarios se manifiesta ante todo, como límite de la soberanía de cada propietario de piso o local (art. 7.^º y 11.^º, etc.) y se expresa a través de los órganos de gobierno (art. 12 y concordantes, arts. 13, 16, etc.). Por otra parte, las cuestiones referentes a estos puntos son las más abundan-

(4) Vide SANTOS BRIZ, op. cit., 334 y FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, op. cit., «R. D. P.», febrero de 1971, págs. 208 a 209. Estos autores citan las Sentencias de 6 de abril de 1946, 28 de abril de 1966, 18 de mayo de 1960, 21 de febrero de 1963, 9 de junio de 1967 y 23 de abril de 1970.

(5) BATLLÉ, *La propiedad de casas por pisos*, cuya primera edición data de mucho antes de la publicación de la Ley. Vide la sexta edición, Alcoy, 1970. pág. 62 y nota 128.

(6) Vide, vgr., BONET, *Comentario a la Sentencia de 9 de julio de 1951*, en la «R. D. P.», 1951, págs. 932 y sig. Se ha negado que se trata de una comunidad partiendo, por ejemplo, de que la comunidad de bienes del Código civil requiere la existencia de la cuota.

Vide, al respecto, en sentido negativo, BONET, *Problemas de Técnica Notarial ante la Nueva Ley de Propiedad Horizontal*, en «Centenario de la Ley del Notariado», secc. 2.^a, vol. I, Madrid, 1962, págs. 243 y sig., 254 y 262-63. Para un tratamiento específico, por todos, ALVAREZ ALVAREZ, *La cuota de participación en la Propiedad Horizontal*, en «Anuario de Derecho Civil», XVI-2 (1963), págs. 1183 y sig., 1187.

tes en Jurisprudencia. Por ello, tratando de construir desde la Jurisprudencia la verdadera estructura de la Propiedad Horizontal, estudiaremos fundamentalmente estas dos cuestiones: los límites del poder del propietario, analizando las facultades de la comunidad, y el sistema de gestión y administración de la Propiedad Horizontal.

1. CUESTION PRELIMINAR: CARÁCTER IMPERATIVO O DISPOSITIVO DE LAS NORMAS DE LA LPH.

A primera vista, parece exacta la afirmación, apoyada en el último párrafo del artículo 396 Código civil y en la disposición transitoria 1.^a de la Ley de Propiedad Horizontal, según la cual esta institución viene regida, en nuestro ordenamiento, por normas de derecho necesario (7). Este carácter de "ius cogens" ha sido señalado (bien que incidentalmente) por alguna sentencia del Tribunal Supremo (8).

Según la fórmula del artículo 3.^º de la Ley de Propiedad Horizontal, al dueño de cada piso o local corresponde, además del derecho de propiedad sobre el piso, la copropiedad de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes. Esta copropiedad se organiza a través del expediente de una cuota que, además de medida de participación, es módulo para la distribución de cargas y beneficios. Aunque algún autor ha negado que la cuota de la Propiedad Horizontal sea semejante a la cuota de la comunidad de bienes, tanto la dicción expresa de la ley, cuanto la doctrina de la Dirección General de los Registros y, además, la similitud de funciones que desempeña, hacen pensar más bien, que la cuota de la Propiedad Horizontal es en todo similar a su homónima de la comunidad de bienes. Así, la cuota desempeña en la Propiedad Horizontal las siguientes funciones:

a) Sirve como módulo para fijar la distribución de los gastos y cargas comunes entre los propietarios, salvo que se haya establecido otro módulo especial; en análogo sentido, el artículo 393 del Código civil respecto de la copropiedad.

b) Es el coeficiente de participación en los resultados dimanantes de cualquier acto que se refiera a todo el inmueble (indemnización por seguro, expropiación, etc.). En tales casos, al igual que en la copropiedad, la cuota representa la medida de todo el derecho de cada comunero.

c) Desempeña la función de determinar el cómputo de las mayorías y el quorum suficiente para los acuerdos, análogamente a cuanto dispone el artículo 398 Código civil respecto de la copropiedad.

(7) *Art. 396, ult. pf., cc.:* «Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados.»

Pdisposición transitoria 1.^a L.P.H.: «La presente Ley regirá todas las comunidades de propietarios, cualquiera que sea el momento que fueran creadas y el contenido de sus estatutos, que no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la misma.»

La exposición de motivos, por otra parte, declara que la Ley «admite que por obra de la voluntad, se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley». Ocurre, sin embargo, que a menudo la deducción de las normas de derecho necesario no se puede operar con la claridad que sería deseable.

(8) Así, la de 10 de mayo de 1965. Vide SANTOS BRIZ, *La propiedad horizontal en la Jurisprudencia*, en «R. D. P.», mayo 1969, págs. 333 a 355; pág. 334.

Sin embargo, parece claro que esta característica no puede predicarse de la entera normativa legal. Hay que proceder a una diferenciación entre preceptos de derecho cogente y preceptos dispositivos, en el seno mismo de la ley. Así lo ha entendido la doctrina, encontrando, junto a normas de derecho necesario, (como por ejemplo, la vinculación a los acuerdos de la mayoría, artículo 16; la distribución de los gastos comunes, artículos 9.^º, 5.^º, etc.) otros preceptos de carácter dispositivo, como la regulación de la convivencia por normas de régimen interior, la fijación de actividades permitidas o prohibidas por los estatutos (arts. 7.^º, 3.^º, etc.). (9).

De ahí se deriva ya un primer problema: determinar qué preceptos de la ley son de derecho necesario y cuáles son de carácter dispositivo. Lo que viene conectado a una segunda cuestión: el alcance de la imperatividad de la norma y la posición de la autonomía privada frente a las concretas normas legales, es decir, el juego de la libertad contractual frente a determinados preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, que vendrían a imponer límites a la autonomía privada. La determinación de los preceptos cogentes de la Ley de Propiedad Horizontal, permitiría conocer los límites concretos que en esta materia le son impuestos a la autonomía privada, especificando los límites genéricos del artículo 1.255 Código civil, con las consecuencias previstas en el artículo 4.^º del Código civil, es decir, la nulidad de los pactos por haber traspasado los límites dentro de los cuales y sólo dentro de los cuales el ordenamiento jurídico considera tutelable una reglamentación autónoma de intereses (10).

El Tribunal Supremo se ha ocupado directamente del tema en dos sentencias, en las que se debatía el carácter, cogente o no, del precepto contenido en el artículo 7.^º, párrafo 1.^º de la Ley de Propiedad Horizontal. Según este precepto: "*El propietario de cada piso podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél, cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad*".

Intimamente relacionado en el anterior, el artículo 11 dispone que "*La construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio o en las cosas comunes afectan*

(9) Vide: ESCRIVÁ DE ROMANÍ, *Lo imperativo y lo dispositivo en la Propiedad Horizontal*, en «R. C. D. I.», 1967, I, págs. 1233 y sigs., esp. págs. 1246 a 1.249. También en BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, 6.^a ed., Alcoy, 1970; pág. 67; FUENTES LOJO, *Suma de la Propiedad por apartamentos*, t. I, 2.^a ed. Barcelona, 1969, 93 y sigs.

(10) Vide: DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1970, págs. 294 y 301 y sigs. Se trataría de una nulidad parcial, al menos allá donde el intento práctico de las partes no resulte totalmente afectado por la cláusula o pacto viciado.

Lo veremos con mayor detenimiento.

al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo”.

El artículo 16, regla 1.^a, exige la unanimidad para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Sentencia del 16 de mayo de 1967 (Barturen y otros contra Goyarola) resolvió el problema en el sentido de lo que hoy parece entenderse como “doctrina legal”: el artículo 7.^º, párrafo 1.^º de la Ley de Propiedad Horizontal “ni amplía ni restringe el margen que a la libertad contractual concede el artículo 1.255 Código civil”.

En el caso, el demandado había vendido, en 1959, a los actores, varios pisos en un edificio enclavado en terrenos que eran asimismo propiedad del demandado, quien estaba levantando otro edificio adyacente a la casa en cuestión. En la escritura de compraventa se había reservado:

- a) el derecho de “comunicar las plantas bajas” de la casa con las de la otra finca que se estaba construyendo.
- b) el derecho de apoyar en la fachada norte las edificaciones que levantara en el terreno existente por dicho lado.
- c) el derecho de realizar en dichas partes “las obras que tenga por conveniente”.

Al realizar las obras de comunicación referidas, el demandado realizó también obras de extracción de tierra para rebajar el suelo, etcétera, que, a juicio de los condóminos demandantes, afectaban a la solidez del edificio y ponían en precario la sustentación del mismo.

Los actores (titulares de cuotas de participación por valor de 17/28 partes del inmueble, frente a las otras 11/28 en poder del demandado) consideran que no está autorizado el demandado para la realización de las obras y piden la reposición del edificio a su anterior estado y la indemnización de daños y perjuicios. El demandado se considera autorizado tanto por las escrituras cuanto por el artículo 7.^º de la Ley de Propiedad Horizontal.

En 1.^a instancia, estimando en parte la demanda, se condena al demandado a cerrar algunos huecos y a elevar el suelo, absolviendo de los demás pedimentos.

En apelación, se revoca la sentencia anterior, y se absuelve al demandado.

Se recurre en casación, entre otros, por los siguientes motivos:

1). Interpretación errónea de los artículos 1.281 y siguientes Código civil.

2). Inaplicación del artículo 396, Código civil, que establece un derecho de copropiedad sobre los elementos necesarios para el

adecuado uso y disfrute de edificio, y, entre ellos, el suelo. El suelo es un elemento común (y por ende es de aplicación lo dispuesto en los artículos 7.^º, pf. 2.^º y 11 de la LPH).

3). Violación del artículo 7.^º de la Ley de Propiedad Horizontal. La Ley de 1960 (razonaba el recurrente) “Es un ordenamiento “ex novo” del régimen de Propiedad Horizontal y sus preceptos tienen carácter de obligación por encima de los pactos de las partes (art. 396, pf. 4.^º Código civil y disposición transitoria 1.^a LPH). En consecuencia, según el artículo 7.^º, la alteración de la configuración o estado exteriores requiere la autorización unánime prevista en la ley”. Se denunciaba en este mismo motivo la inaplicación del artículo 7.^º, párrafo 2.^º de la LPH.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso; “Las cuestiones debatidas en el pleito pueden reducirse a las dos siguientes:

1.^{a)}) Fijar si con arreglo a los contratos suscritos entre los demandantes y el demandado estaba éste autorizado o no para realizar las obras que se denuncian en la demanda (problema de interpretación contractual).

2.^{a)}) Determinar si en todo caso, tales obras no eran legalmente autorizables ni pueden mantenerse por prohibirlo las disposiciones que se citan y que el recurso estima como de derecho necesario, que no podía ser contradicho por acuerdo de los contratantes, integrando así un problema de oposición y valoración de normas que suponen un límite a la voluntad dispositiva de las partes.

...(Respecto de la 1.^a cuestión) No se ataca eficazmente la exégesis contractual realizada por la Sala sentenciadora, por lo que queda firme que los contratos suscritos permitían la realización de las obras...

...(Respecto de la 2.^a cuestión) Los motivos 2.^º, 3.^º y 4.^º arguyen la infracción, por violación, de los artículos 396 (Leyes de 26 octubre 1939 y de 21 de julio de 1960) y artículos 7.^º y 9.^º de la vigente LPH... pero resulta patente que tales disposiciones legales no restringieron ni ampliaron el margen que a la libertad contractual se concede en el artículo 1.255 Código civil”.

La Sentencia de 14 de marzo de 1968 (C. San José y otros contra Olaizola) resuelve en el mismo sentido un caso que presenta cierta analogía con el anterior.

El demandado era copropietario de una casa y de la contigua, con derecho de sobreelevación (o de levante). Para levantar necesitaba realizar obras de refuerzo, de cimentación y de apoyos. Los actores, copropietarios de los bajos de la finca, no consintieron la realización de las obras y entablaron el litigio pidiendo la finalización de las obras y la reposición al estado anterior.

En 1.^a instancia, se condenó al demandado a la ejecución de

las obras necesarias para reponer al estado anterior la fachada y el muro posterior, absolviendo del resto de los pedimentos.

Se recurrió en apelación por los actores con la adhesión del demandado. Fue estimado en parte el recurso de los actores y desestimado el otro.

Se recurrió en casación por ambas partes.

Los actores alegaban entre otros los siguientes motivos:

- a) Infracción de los artículos 1.258, 1.091 y 1.268 Código civil.
- b) Violación del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal: la alteración de la estructura o fábrica del edificio o de las cosas comunes afectan al título constitutivo, etc.
- c) Violación de los artículos 397 y 579 Código civil.

El demandante argüía:

a) Aplicación indebida de los artículos 7, 11 y 16, 1.^º de la Ley de Propiedad Horizontal: el derecho de levante, según el título del actor, implica técnicamente verificar todas las alteraciones realizadas, y por ello no se deben someter al régimen de Propiedad Horizontal.

b) Las obras son una consecuencia legítima del derecho de levante, según los artículos 1.258, 1.901 y 1.278, es decir, una consecuencia de la obligatoriedad de lo pactado.

c) Violación de los artículos 396, pf. 4.^º y 7.^º LPH: no se habían alterado los elementos comunes.

d) Aplicación indebida de los artículos 1.098 y 1.099 Código civil.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por el demandado.

“...Conforme a lo dispuesto en el artículo 396 Código civil y Ley de 21 de julio de 1960 que lo modificó, no queda coartada la libre voluntad de los contratantes para establecer los pactos y condiciones que estimen oportunos en ejercicio del ppo. de autonomía de la voluntad, siempre que no aparezcan prohibidos por los preceptos de la Ley (de Propiedad Horizontal)... y como quiera que del estudio de las escrituras públicas por las que las partes litigantes adquirieron la propiedad, parcial cada una de ellas de la casa, se desprende, sin lugar a la menor duda, que el causante de los actores compró la planta baja y sótano de la finca en toda la extensión incluido el portal y el arranque de la escalera, que obligó a dar acceso a los restantes pisos del inmueble por la casa colindante, que pertenecía al demandado y que éste entró en la propiedad de los demás pisos o plantas de la casa, estableciéndose en ambas escrituras, en sus cláusulas quinta, el derecho del demandado a elevar los pisos que consentan.”

las Ordenanzas Municipales... “Siempre que las obras a efectuar no limiten las actividades propias del establecimiento (instalado en planta baja) con vallados, reparaciones o acarreos que lleven aparejados restricciones en el servicio o molestias al público que concurra a dicho establecimiento”..., es evidente que al no ser tales pactos contrarios a la legislación especial dicha, vinculan a las partes en su contenido y en el de sus consecuencias naturales...”

(Respecto del recurso de la parte actora).

“El 4.^º motivo denuncia la violación del artículo 11, en relación con el 7.^º, ambos de la Ley de Propiedad Horizontal, por entender el recurrente que la Sentencia hace declaración sobre reposición de la fachada anterior, pero no sobre la posterior, que es también elemento común, ni sobre las columnas de sustentación que han sido modificadas... y como quiera que el demandado adquirió el derecho a levantar las plantas que ha edificado y para ello se precisaba reforzar las columnas de sustentación, sobre todo habiéndose negado los actores a que fueran consolidados los cimientos y los apoyos en la parte de que son propietarios; es evidente que tal refuerzo es una consecuencia necesaria al derecho de elevar pisos y no puede prosperar en tal aspecto el motivo y en cuanto a la fachada posterior... no cabe olvidar que ejercitado el derecho de elevar las plantas, la fachada había de acomodarse a las nuevas obras...”

(Respecto del recurso de la parte demandada).

“El demandado denuncia la aplicación indebida de los artículos 7, 11 y 16, pf. 1.^º de la Ley de Propiedad Horizontal, basado en que reconocido su derecho a levantar nuevas plantas en la casa según su título de adquisición... y demostrado que todas las obras realizadas son una consecuencia lógica y necesaria del alzamiento de nuevas plantas y la imposibilidad de mantener las estructuras de los pisos... hacen inaplicables los preceptos aducidos, y habida cuenta que... las partes adquirieron determinados derechos y obligaciones al comprar la finca con las respectivas partes que les corresponden, que les obligan a todas las consecuencias lógicas y necesarias que de lo convenido se deriven y que estos puntos no aparecen prohibidos en los preceptos que regulan las materias; es evidente que la propiedad horizontal que se contempla reúne unos caracteres específicos, consecuencia de los particulares pac-

tos aceptados por los interesados, no vedados en la legislación especial y que todas las obras realizadas son consecuencia necesaria del derecho de elevar plantas al edificio que adquirió (el demandado) y de la obligación que asumieron los actores de permitir tal elevación sin que se les haya ocasionado las limitaciones o perjuicios que se reseñaban en el contrato y derivadas las obras en gran parte de los obstáculos que opusieron a su normal realización; por todo lo cual debe admitirse la infracción aducida, casando y anulando la Sentencia recurrida..."

3. RATIO DECIDENDI Y OBITER DICTA

El carácter dispositivo o de derecho necesario del precepto del artículo 7.^º, párrafo 1.^º, parece constituir la *ratio decidendi* de la Sentencia de 16 de mayo de 1967. Las obras realizadas por el demandado habían sido autorizadas por los actores en las correspondientes escrituras de compraventa. Los copropietarios demandantes pretendían que semejante autorización carecía de valor porque la regulación establecida por la Ley de 1960, de carácter imperativo, impedía la vigencia del precepto de autonomía privada contenido en el negocio de adquisición. La cláusula autorizativa sería, así, nula y se debería aplicar el régimen de los artículos 11 y 16, pf. 1.^º, LPH, que exigen el acuerdo unánime de los copropietarios para cualquier alteración en la estructura o fábrica del edificio" (11).

(11) Incidentalmente, los actores y recurrentes denuncian la inaplicación del artículo 7.^º, pf. 2.^º de la LHP, que prohíbe realizar alteraciones «en el resto del edificio», es decir, en lo que no es «piso», que, en principio, hay que entender como expresión equivalente a «elementos comunes». Se procede con un equívoco: el juego de las prohibiciones de los pfs. 1.^º y 2.^º del art. 7.^º, según apreciaciones muy reiteradas en la doctrina y en la Jurisprudencia, se basaría en una única limitación del poder del propietario. Tal limitación sería la imposibilidad de alterar los elementos comunes. Así, se piensa que la prohibición del párrafo 1.^º del citado artículo 7.^º se apoya en que para alterar la estructura general, la configuración o estado exterior de la finca se ha de pasar por una disposición física los elementos comunes. Habría, pues, dos regímenes distintos en orden a las alteraciones: sobre el piso —elemento privativo—, libre; y sobre los elementos comunes, sometido a la regla del consentimiento unánime de los copropietarios.

Sin embargo, esta opinión no es enteramente exacta, por cuanto el pf. 1.^º del artículo 7.^º contiene otros límites (la seguridad del edificio y el respeto a los derechos de otro propietario) que pueden ser vulnerados sin afectar a los elementos comunes. En realidad, el poder de realizar alteraciones en el elemento privativo es el único limitado por el art. 7.^º, pf. 1.^º. Semejante poder respecto de los elementos comunes no existe para cada copropietario, ya que por el pf. 2.^º del mismo artículo es conferido a la comunidad. La regla del pf. 1.^º es independiente, como veremos, de la alteración de cosas o servicios comunes, aunque forzosamente deriva de la existencia de una comunidad o agrupación, auténtica «titular» del edificio (sobre la titularidad de la comunidad, vide la ponencia sobre la natu-

En la Sentencia de 14 de marzo de 1968 el Tribunal Supremo reafirma la doctrina anteriormente establecida y considera que, concedido el derecho de sobreedificación a uno de los copropietarios, en función de un pacto no prohibido expresamente por la Ley de Propiedad Horizontal, queda autorizado a la realización de las obras necesarias para llevar a efecto el levantamiento de nuevos pisos, aunque tales obras sobrepasen los límites del párrafo 1.^º del artículo 7.^º (12).

Ahora bien, como veremos, la *ratio decidendi* de ambas sentencias se apoya, no sólo en el principio de la inocuidad de la LPH respecto de la autonomía privada, sino también en la historia de ambos casos: reserva por el propietario constructor de la facultad de realizar obras, o concesión de la facultad de sobreedificar más plantas. En ambos casos, aparecía en los títulos de adquisición de los oponentes el conocimiento y la autorización de las obras, que alteraban la estructura del edificio.

El problema es:

- a) Si tal autorización otorgada sin los requisitos del artículo 11 de la LPH es válida.
- b) Si la reserva de una determinada facultad, en el título constitutivo, en favor del otorgante, permite pasar por encima de los límites del artículo 7.^º, pf. 1.^º, LPH.
- c) Si quien ha consentido en verificar un negocio conociendo la reserva de una facultad en favor del otro contratante puede oponerse válidamente a la pretensión de la otra parte de ejercitar la facultad, prevaliéndose de la posterior publicación de una ley que estima imperativa y, sobre todo, obstaculizar con su conducta el ejercicio de la facultad, llevando a la obra parte a sobrepasar sobradamente el límite del artículo 7.^º, pf. 1.^º, LPLH.
- d) Como telón de fondo, si un precepto de autonomía privada puede válidamente anteponerse a la regulación de la PH, y específicamente a lo preceptuado en los artículos 7, 9, 11, 16 y 5.^º.

Si opta por contestar afirmativamente en d), el resto de las cuestiones se resuelven automáticamente. Pero para ello hay que pasar por encima del tenor y del sentido de la regulación legal. Lo que para resolver el problema no era, tal vez, necesario.

Las partes recurrentes, así mismo, aludieron a dos cuestiones incidentales que deberán ser objeto de estudio para precisar los términos exactos del problema que nos ocupa. Fueron los siguientes:

A) Se señaló la violación de los artículos 579 y 397 del CC. El motivo fue desestimado por quedar firme en casación que se

raleza Jurídica de la Propiedad Horizontal, dirigida por DÍEZ-PICAZO en el simposio sobre Propiedad Horizontal, Cámara de la Propiedad Urbana de Valencia, Valencia, 1971 (en prensa).

(12) Lo que sólo partiendo del carácter dispositivo del precepto es comprensible.

abrieron huecos en pared medianera para la sustentación de las nuevas plantas. Es decir, una vez más, porque las obras eran consecuencia necesaria de la autorizada sobreelevación.

B) Por otra parte, los actores recurrentes alegaban la violación del artículo 11 de la LPH porque la Sentencia de Apelación hacia declaraciones sobre la fachada, pero no sobre el muro posterior, que era también elemento común. No prosperó por la misma razón que el anterior.

En ambas cuestiones, subyace un razonamiento derivado de la aplicación hasta el límite del artículo 1.258 CC (13).

Algunas indicaciones incidentales no carecen de interés. Así:

1) Los "caracteres específicos" que el T. S. encuentra en la Propiedad Horizontal que se contempla, consecuencia de los particulares pactos aceptados por los interesados, no vedados por la Legislación especial".

2) La repetida alusión a la conducta de los actores: "gran parte de las obras realizadas fueron debidas a la oposición de los actores a que se reforzaran los cimientos, lo que obligó a construir en la forma que se hizo" (último considerando). En el considerando anterior se alude a que las obras derivaban en gran parte de los obstáculos que opusieron los (actores) a su normal realización".

3) La Sentencia acoge también la alegación del recurrente y demandado sobre que los párrafos final y 1.^º del artículo 396 del Código civil y la ley especial no coartan la libre voluntad de un contratante para establecer los pactos y condiciones que estimen oportunos en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, siempre que no aparezcan prohibidos por los preceptos de la LPH.

4. LA POSICION DE LA DOCTRINA

La doctrina se muestra hasta la fecha más bien conforme con la Jurisprudencia en este punto. Así, o se recogen acríticamente (y axiomáticamente) los considerandos de ambas sentencias (14) o se señala la posibilidad de derogación en el título constitutivo del régimen establecido en la Ley (15) o bien se deja el problema resuelto señalando algunos preceptos imperativos e indicando simplemente el carácter imperativo, en principio, de la regulación especial, con amplio juego, sin embargo, de la autonomía privada (16).

(13) Queda por ver si las consecuencias de lo pactado, en este caso, son conformes «a la buena fe, al uso y A LA LEY».

(14) Por ejemplo, SANTOS BRIZ, *La Propiedad Horizontal en la Jurisprudencia*, cit., pág. 336.

(15) BATLLÉ, respecto del art. 11, *La propiedad de casas por pisos*, 6.^a ed.; Alcoy, 1970, pág. 129.

(16) FUENTES Lojo, *Sunia de la Propiedad*, cit., 93.

Por otros autores se acentúa el límite imperativo, pero sin llegar a una distinción clara entre los límites del párrafo 1.^º y del párrafo 2.^º del artículo 7.^º (17).

En el único estudio monográfico dedicado hasta ahora al tema, se señala el carácter dispositivo de la norma del párrafo 1.^º del artículo 7.^º, pero dentro de ciertos límites (18). Se concluye que el poder del propietario ni puede ser aniquilado ni ampliado excesivamente.

Con todas estas consideraciones, no obstante, el problema subsiste. No basta con decir que la LPH contiene un régimen imperativo, ni mucho menos queda claro que una normativa de derecho necesario "no amplíe ni restrinja la autonomía privada".

Por el contrario, las normas jurídicas, como ha sido puesto de relieve (19), son de derecho necesario cuando gocen de eficacia preferente en la regulación de la relación jurídica de tal manera que excluyan o impidan la vigencia y efectividad de los preceptos de autonomía privada. El régimen señalado por las normas de derecho necesario, es un límite legal de la autonomía de la voluntad. Las normas dispositivas permiten que se anteponga a ellas el precepto creado por la autonomía privada.

5. SENTIDO DE LA NORMA DEL ARTICULO 7.^º, PF. 1.^º LEY PROPIEDAD HORIZONTAL

Las dificultades, desde luego, no han quedado, con esta precisión conceptual, totalmente separadas. El problema estriba casi siempre en dilucidar ante una norma concreta si tiene carácter imperativo o dispositivo. Se trata, como se ha dicho, (20) de una de las tareas interpretativas más delicadas.

(17) ZANON MASDEU, *La propiedad de casas por pisos*, Barcelona, 1964, pág. 175

(18) ESCRIVÁ DE ROMANÍ, *Lo imperativo y lo dispositivo*, cit., pág. 1258-1259.
«La norma (art. 7.^º, pf. 1.^º) —dice este autor— tiene a nuestro juicio carácter eminentemente dispositivo y no vemos inconveniente que los estatutos regulen las facultades de los propietarios para hacer modificaciones en sus pisos, siempre que no se les prive totalmente de tal facultad ni sea ésta tan amplia que interfiera los elementos comunes o el derecho de los demás copropietarios. Es decir, la facultad en sí tiene carácter imperativo, pero puede modalizarse en forma dispositiva.»

(19) DÍEZ-PICAZO, *La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de arrendamientos Urbanos*, en «A. D. C.», 1956, págs. 1149 y sigs., esp., pág. 1164.

(20) DÍEZ-PICAZO, *Ibidem*, 1165. Cuando no resulte del tenor literal de la norma, el autor señala unos caminos de interpretación: investigar el contenido peculiar de la norma poniéndolo sobre todo en conexión con el momento funcional del negocio o de la relación de que se trate. Así, las normas que establecen requisitos o presupuestos del negocio serán imperativas; las que establezcan el contenido esencial del negocio también (por más que las partes podrán alterarlas, entrando en tal caso en otro tipo negocio). Las normas que señalen el contenido natural y actual del negocio serán dispositivas, etc. Otro medio de interpretación radica en la presunción de derecho dispositivo, puesto que las normas limitadoras y prohibitivas, dado el significado institucional de la autonomía privada como ppo. gral. del derecho, deben ser interpretadas de modo restrictivo.

Ahora bien, situados ante la norma del párrafo 1.^º del artículo 7.^º de la LPH, el problema de la imperatividad o no de la disposición se podría formular del siguiente modo: ¿Cabe dispensar al propietario de cada piso, de los límites que el precepto establece, al poder de realizar alteraciones en los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios?

En otras palabras: ¿Se puede conceder al propietario de cada piso el poder de realizar alteraciones, aun cuando "altere o menoscabe la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o perjudique los derechos de otro propietario"?

Una cláusula semejante incluida en el título o en los estatutos, ¿sería válida y eficaz? A primera vista, y por razones obvias, parece que hay que descartar la validez de una cláusula que permita las obras que menoscaben la seguridad del edificio. Este límite ha de ser forzosamente imperativo.

Lo mismo cabe decir del perjuicio a otro propietario, salvo, claro está, cuando el mismo propietario afectado lo consienta. Pero en tal caso ya no está ante un "perjuicio" a su derecho. Una cláusula, contenida en los estatutos, que permitiere, por ejemplo, hacer obras de modificación cualquiera que fuese el perjuicio causado a los vecinos, sería a todas luces ineficaz.

La cuestión, entonces, se centra en la alteración de la estructura general, configuración o estado exterior, porque el artículo 11 habla de "alteración en la estructura o fábrica del edificio". La diferencia terminológica no entraña, según creemos, una distinción de conceptos, y bien podemos entender que ambas expresiones se refieren a lo mismo, es decir, son equivalentes.

La cuestión a resolver sería, en tal caso, la siguiente: los propietarios pueden realizar las modificaciones de los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de su piso, aun alterando la estructura o la configuración del edificio, cuando hayan sido autorizados para ello en el título o en los estatutos, o bien han de someterse en todo caso al régimen de unanimidad establecido por el artículo 16, 1.^º, en relación con el artículo 11. Tal es el planteamiento con que la cuestión se presenta en las Sentencias citadas y en gran parte de la doctrina.

Sin embargo, tal planteamiento responde a una excesiva simplificación del problema. Por ello, ambas respuestas son incompletas. La primera (posibilidad de que en el título o estatutos se autorice cualquier modificación) desconoce el tenor literal y el contenido peculiar de la norma. La segunda (sometimiento al régimen de unanimidad) olvida que el régimen del artículo 16, 1.^º, en relación con artículo 11, se refiere a la modificación del título constitutivo, pero que ni aún la unanimidad puede dispensar del límite de seguridad del edificio.

Para encontrar la ratio legis del precepto se le debe conectar con el artículo 3.^º de LPH. Según esta norma (art. 3.^º, a) corresponde al dueño de cada piso o local "el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos, e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario".

El artículo 7.^º, párrafo 1.^º, no hace sino delimitar el poder de actuación del "propietario" dentro de la esfera de su derecho, o, en otras palabras, delimitar la esfera de libre actuación (*agere licere*) del titular del piso respecto del objeto de su derecho.

Podríamos decir que no se trata del establecimiento de unas limitaciones según el concepto clásico —derogaciones del contenido normal del derecho de propiedad—, sino de delimitar el contenido normal del derecho (21).

Sabido es que el conjunto de facultades estrictamente inherentes al derecho de propiedad sobre un bien, que hacen posible su utilización natural y típica, es decir, la función económica esencial del bien y que constituyen el contenido del propio derecho, deben ser reconducidas siguiendo lo dispuesto en el artículo 348 del CC. a dos tipos fundamentales: facultad de goce (posibilidad de usar y disfrutar el bien de cualquier modo) y facultad de disposición (posibilidad de enajenación). Para algunos autores (22) la facultad de disposición no es más que una extensión de la facultad de goce y, más exactamente, la consecuencia extrema de ésta, es decir, la causa que legitima la actividad del sujeto inherente al goce del derecho.

En consecuencia, puede identificarse la sustancia del derecho de propiedad con esta posibilidad de goce del bien, en sentido amplio. Pero el núcleo de cada concreto derecho de propiedad vendrá constituido por alguna o algunas de las facultades de goce. De ahí que la privación de cualquier facultad tendrá diversa repercusión según qué la utilización económica fundamental de que sea susceptible el bien objeto del derecho de propiedad (23) sea posible o no como consecuencia de la privación de la facultad.

Por ello es límite de la propiedad privada, y no limitación, la directriz impuesta por la norma al modo de goce libremente escogido por el propietario que no altera la posibilidad del destino económico fundamental del bien, cuando el propietario puede hacer, a

(21) Como respecto de la Ley del Régimen del Suelo, ha sido puesto de relieve por GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, pág. 383. Vide MARTÍN MATEO, *El estatuto de la propiedad inmobiliaria*, en «R. A. P.», núm. 52, págs. 101 y sigs.

(22) PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milán, 1935, pág. 89.

(23) Amplius en D'ANGELO, G., *Limitazioni autoritative della Facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*. Nápoles, 1963, págs. 216, 218, 219 y 221.

pesar de la norma limitatoria, aquello que en la conciencia social aparece como destino normal del bien.

Lo contrario sería una limitación o una auténtica expropiación (24).

Los límites en sentido estricto se traducen en directrices o prohibiciones del modo de goce del bien por parte del propietario y las más de las veces tienden a satisfacer necesidades de la colectividad. Es decir, que la norma actúa en tutela de un interés no propio del titular, generalmente el interés público (25).

Por tanto, el artículo 7.^º de la Ley de Propiedad Horizontal, viene a delimitar el poder del propietario de cada piso. El primer párrafo se refiere a lo que se ha llamado "disposición física"; el 2.^º excluye la posibilidad de esta disposición respecto a los elementos comunes y el 3.^º da unas directrices sobre el uso y destino del piso (26).

6. LOS LIMITES DEL ARTICULO 7.^º, PARRAFO 1.^º

Respecto del párrafo primero, hay que señalar que fija los límites del llamado poder de desposición física respecto de lo que es "elemento privativo" de la relación de propiedad horizontal, estableciendo tres distintos límites:

1.^º) La seguridad del edificio, límite que viene impuesto, en último término, por razones de interés público.

2.^º) La estructura y configuración del edificio, límite que se establece en beneficio del interés de la comunidad.

3.^º) El perjuicio de los derechos de otro propietario. Límite establecido, claro está, en tutela del legítimo interés de este propietario.

Por ello, en principio, hay que concluir que el límite Sub 1) es

(24) Muchas veces, el problema de la distinción entre límite y limitación, estriba en determinar el tope de tolerabilidad de la intervención pública en derechos que, para continuar siendo tales derechos, suponen una esfera de autonomía, ofreciendo al titular una mínima satisfacción del interés personal. Sobre el tema, MORTATI, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, vol. II, 7.^a ed.; Padua, 1967, pág. 891. Si la propiedad es «un estado de sujeción de una «res» a la potestad de autónoma privada» se trataría de determinar cuándo esta sujeción se convierte en una mera formalidad, sin sustancia. Vide ROMANO, S., *Sulla nozione di proprietà*, en «Rivista Trim. di Diritto e Procedura Civile», 1960, págs. 337 y sigs.

(25) RODOTÀ, S., Voz *Proprietà (Diritto vigente)*, en «Novissimo Digesto Italiano», XIV, Turín, 1967, págs. 125 y sig., esp. pág. 134, Acuplius NATOLI, «la proprietà», I, Milán, 1965, pág. 101 y sig. y CONSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Nápoles, 1967, págs. 44 y sig. RODOTÀ, *Note critiche i: tema di proprietà*, en la «Rivista Trim. di Diritto e Procedura Civile», 1960, página 1252 y sig., esp. 1325 a 1330.

(26) Los límites del art. 7.^º no impiden la utilización económica fundamental del bien, que es servir de vivienda o de local de negocio. Se trata, por ello, de autéticos «límites». El art. 348 del C. c. habla de «limitaciones», pero utiliza este concepto en sentido lato o impropio.

imperativo, mientras que los Sub 2) y Sub 3) podrían venir dispensados por los titulares del interés que se proteje (27).

En el caso Sub 3), como ya se advirtió, sólo el consentimiento del otro propietario afectado levantaría la prohibición, pero ya no podría hablarse de perjuicio a su derecho. En cambio, una cláusula que estableciera el derecho a modificar el piso por encima de los derechos de los vecinos, parece que sería ineficaz. Pero obsérvese que en buena medida el alcance de su derecho deriva del título, en que se fija lo que es "elemento privativo" y lo que es "elemento común", la extensión del piso, linderos, etc. Lo que la norma claramente impone es el respeto absoluto de los derechos (si se me permite la expresión) fijados en el título, en el alcance y en la extensión que se haya determinado.

Nos queda, pues, el límite de no alterar la estructura o la configuración del edificio. La comunidad puede autorizar lo contrario, desde luego, pero cabrían dos posibilidades.

- a) La autorización en el título o estatutos.
- b) La autorización prevista en los artículos 11 y 16, pf. 1.^º, por acuerdo unánime.

El T. S. se inclinó por la primera (que, obviamente, no descarta la otra), pero su interpretación de la norma no es convincente.

(27) Los límites se traducen en este caso en poderes de los otros titulares dentro de las situaciones personales de una relación jurídica, pero no en auténticos derechos subjetivos, porque falta la independencia exterior que los abstraiga de la relación y carecen de significado propio en el tráfico jurídico, como tampoco pueden servir de base segura a otros poderes o derechos subjetivos secundarios.

Vide DE CASTRO, *Derecho Civil de España*. Parte General. I, Madrid, 1949, pág. 577. Se trataría, por el contrario, de una *facultad*, en la terminología de este autor, es decir, de una «posibilidad de actuar concedida a una persona, por formar parte del contenido de una situación jurídica». Por ello tienen por contenido un ámbito de actuación libre, concedido y garantizado por el derecho, carece de independencia respecto de la situación jurídica principal (que es la condición de propietario y condómino) y no pueden ser enajenadas, renunciadas o prescritas más que en unión de la situación de que dependen. *Ibidem*, 602.

En el mismo sentido, recientemente, vide COMPORTI, M.: *Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo*, en «Rivista di Diritto Civile», 1970, 435 y sigs., esp. 472-473. Mientras el derecho subjetivo consiste en una situación jurídica final, compleja, en cuanto posición objetiva de particular e intensa tutela otorgada por el ordenamiento jurídico a una relación de utilidad entre sujeto y bien, el *poder* y la *facultad* constituyen situaciones simples, dinámicas, dirigidas a realizar diversamente el interés fundamental al bien protegido en la situación final. La facultad atribuye una posibilidad dinámica de comportamiento material.

Sobre la relación de la «facultad» con el derecho subjetivo, puede verse también FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO, F., *La facultad de disposición*, en A. D. C., III (1950), págs. 1025 y sigs., esp. pág. 1040.

7. LA ESTRUCTURA Y CONFIGURACION DEL EDIFICIO COMO LIMITE

A. La fijesa del título.

El título constitutivo de la propiedad horizontal (28), frecuentemente refleja un negocio jurídico unilateral, en todos los casos en que la constitución de la PH se decide por el propietario único de la casa, que normalmente es el promotor que construye para vender por pisos o el propietario de una casa antigua que toma la misma decisión. La doctrina no ve en ello ningún inconveniente (29).

Generalmente, esta forma de constitución de la PH es un negocio preparatorio de otros negocios de enajenación, en función de los cuales los adquirentes de pisos se van a encontrar con una situación predeterminada respecto del alcance y medida de sus derechos, especialmente en lo referente a la extensión objetiva. Para estos propietarios de pisos, derechohabientes del constituyente de la PH, está plenamente vigente el artículo 7.^º, párrafo 1.^º. Al realizar obras no podrán alterar la estructura o configuración del edificio.

En cambio, el propietario constituyente de la PH, puede haberse reservado la posibilidad de esa alteración. Pero es obvio que el poder que se ha reservado está limitado en sí mismo por dos factores: el contenido mínimo de la PH (la existencia de un elemento privativo y de una parte común, sobre la cual carecerá de poder de disposición por sí mismo desde el momento de la enajenación de un piso)

(28) Título constitutivo entendido como documento que refleja el acto de constitución, es decir, el negocio jurídico consistente en «una declaración de voluntad del titular o titulares del edificio, dirigida a configurar la casa bajo un régimen especial que es de una problemática distinta y una legislación especial aplicable, tanto en el orden sustantivo como en el orden registral», según la definición de ALVAREZ, J. E., *El título constitutivo de la propiedad horizontal*, en «Centenario de la Ley del Notariado», sec. 2.^a, vol. II. Madrid, 1965, págs. 429 y sigs., 436; para BATLLÉ (La propiedad de casas por pisos, cit., pág. 83) es el «documento en que constan las circunstancias de hecho y de derecho de las que nace y se configura la institución». Vide también PERE RALUY, *La propiedad horizontal*, Barcelona, 1961, pág. 41 y sigs.; MONET lo llama «plasmación documental del negocio jurídico de constitución de la Propiedad Horizontal» cuando el mismo se produce en supuesto tipo: con simultaneidad y formalidad. Pero —añade— «la ley no plantea ni resuelve todos los supuestos varios que la vida ofrece por falta de forma o de simultaneidad» («Problemas de técnica Notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal») en «Centenario de la Ley del Notariado», sec. 2.^a, vol. I, Madrid, 1962, págs. 243 y sigs., 273).

(29) Y lo mismo cabe decir de los estatutos, que pueden ser ordenados por el mismo dueño de toda la casa. Vide MONET, *Problemas de Técnica Notarial ante la nueva LPH*, cit., 274 y 291; ALVAREZ, *El título constitutivo de la propiedad horizontal*, cit., 444, de quien he tomado la frase; FUENTES LOJO: *Suma*, cit., 657, vol. I. Vide también SAPENA, J., *Inscripción de estatutos de copropiedad urbana*, en «R. C. D. I.», XXXII (1956), págs. 206 y sigs.; ZANON MASDEU, *La propiedad de casas por pisos*, cit., pág. 417.

y la fijeza del título, que es, según creemos, esencial en el régimen PH (30).

Lo que quiere decir, que no puede reservarse en el título ni una facultad que destruya la vertebración mínima de la PH (por ejemplo, la posibilidad de convertir en privativo o en común un determinado elemento del edificio), ni un poder de realizar alteraciones que pueda hacer variar el contenido del título por actos del constituyente o de sus derecho habientes. Así, una reserva en favor del propietario primitivo, promotor o constructor, de la facultad de realizar "las obras que tenga por conveniente", está en sí misma limitada por el contenido del título: descripción del inmueble, extensión, linderos, etcétera, de cada piso; cuota, etc. Lo contrario sería tanto como la indeterminación del derecho de los adquirentes de los pisos. Sería una PH variable. Sería, en suma, algo distinto de la PH.

Es decir, que el propietario único del edificio que otorga el título constitutivo no puede contradecir con su conducta posterior su declaración de voluntad y queda vinculado por ésta. De la misma forma, no puede autorizar ni reservarse un poder que convierta en ilusorio el contenido de su declaración.

Desde el momento en que haya otro propietario de piso, la medida de su derecho fijada en el título no puede sufrir alteración sin su consentimiento. Como veremos, esto es lo que se protege a través del régimen de unanimidad y lo preceptuado en el artículo 11, segundo inciso.

Tanto las normas del último párrafo del artículo 5.^º, cuanto las contenidas en los artículos 11, 16, pf. 1.^º, etc., podrían resultar fácilmente inútiles o supérfluas con una cláusula semejante a la indicada en el caso de la Sentencia de 1967: el primitivo dueño se reserva la facultad de "realizar las obras que tenga por conveniente". Los nuevos propietarios, al adquirir el piso, dan con ello un asentimiento (indirecto por lo demás) a esta facultad y ello es suficiente para que, finalmente, no sepan a ciencia cierta el alcance de su derecho, ni la medida de su cuota, ni estén seguros respecto de algo tan importante para su propio interés como la configuración y la estructura del área en que tienen su parcela.

Si lo que protege la norma en examen no es más que la estructura y configuración que resulten del título, no deberá admitirse un tipo de título "elástico" que permita su alteración posterior, so pena de que los derechos de los propietarios carezcan de la necesaria fijeza y determinación.

(30) El título constitutivo es, como dice ALVAREZ, «el acto oficial del nacimiento de la PH» y —añade— «en él se contienen los *datos esenciales* de ésta: descripción del edificio con sus elementos comunes, servicios e instalaciones; descripción de los pisos con sus anejos, número y cuota; y las reglas de constitución y ejercicio del derecho o Estatutos». Vide ALVAREZ, *El título constitutivo*, cit., 518. No parece que los *datos esenciales* puedan ser alterados en virtud de un poder reservado por el otorgante. No serían entonces tales «datos», sino unas «variables»

B. *El interés da la comunidad.*

Por otra parte, si aceptamos que el límite referente a la alteración de la estructura o configuración del edificio se impone en beneficio de la comunidad, hay que pensar en una dispensa de ese límite alterada por un acuerdo de la Junta (31) y no autorización auto-concedida ni por suma de autorizaciones individuales aisladas. El límite que contemplamos a la facultad de cada propietario de modificar los elementos comunes se establece en beneficio de la comunidad, a la que que se dota en la ley de un auténtico poder de control. Y casi se podría decir, que es el mismo poder de verificar alteraciones de la estructura el que, detraído de manos del propietario, pasa a la comunidad. Así parece indicarlo el artículo 11 LPH, especialmente en el segundo inciso.

C. *Sentido del artículo 11, LPH.*

Según este precepto, toda alteración de la estructura o fábrica del edificio afecta al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido en el artículo 16, 1.^º Y añade: "El acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos pisos o locales".

El tenor literal del precepto indica claramente que el legislador está pensando en una reunión de la Junta con todas las formalidades que la ley establece. El acuerdo adoptado deberá reunir unos requisitos (los del 2.^º inciso del citado art.).

El acuerdo unánime de la Junta que no reuniera los requisitos del segundo inciso del artículo ¿Se debe tener por nulo o por válido?

Algún sector doctrinal, aun cuando no contemple exactamente esta cuestión, se inclina claramente por la validez dado el carácter dispositivo que la mayor parte de los autores señalan en el artículo 11 (32). Otros, en cambio, indican la necesidad del cumplimiento de los requisitos del segundo inciso del artículo 11 (33). Este último

(31) Así, ALVAREZ, *El título constitutivo de la P. H.*, cit., pág. 520, considera necesaria la celebración de la Junta.

(32) ESCRIVÁ DE ROMANÍ, *Lo imperativo y lo dispositivo*, cit., 1249; ZANÓN, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 394.

(33) Así, FUENTES LOJO, *Suma*, cit., I, 375: «La ley exige imperativamente fijar estos puntos para evitar dudas. Si no se cumplieren, habría que estimar no autorizada la alteración», amplius, 560 y sigs.; BATILLE, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 124 y 130.

Este autor, analizando la cuestión del derecho de sobreelevación y aún admitiendo que el título constitutivo puede atribuir este derecho a persona distinta de los propietarios, con lo que se podrá ejercitar sin necesidad del acuerdo unánime, cree que aún en el caso de autorización por el título se habrán de cumplir los requisitos del artículo 11, segundo inciso. Además, critica la S. de 14 de marzo de 1968, considerando que el ppo. general en ella sentado de posibilidad de alteración de la fachada como consecuencia de la concesión del derecho de sobreelevación,

parece el criterio mejor fundado. Además, es el único coherente con el artículo 5.^º, párrafo último, que impone para la modificación los mismos requisitos que para la constitución. Los requisitos para la constitución pueden esbozarse del siguiente modo.

a). Intervención de todos los propietarios existentes.

b). Descripción del inmueble, con las circunstancias exigidas por el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, y fijación de los elementos comunes y privativos.

c). Fijación de la cuota de participación.

Son precisamente estas menciones las que constituyen el "título" y respecto de las cuales entra en juego el régimen del artículo 11 LPH (34).

El artículo 11 de la Ley exige, para la modificación, precisamente el cumplimiento de los requisitos que el artículo 5.^º establece para la constitución. Parece que la conexión de ambos preceptos debe llevarnos a la conclusión de la imperatividad de las normas que lo establecen, tanto partiendo del tenor literal de las disposiciones comentadas, cuanto por tratarse del "contenido esencial" del negocio, según hemos dicho antes (ver nota 20).

Si esto es así, sólo una reserva de la facultad de modificación de la estructura del edificio que contuviera las menciones del artículo 11, segundo inciso, podrá ser actuada. No hay razón para que lo que es imperativo para todos los propietarios del piso del edificio no lo sea para uno sólo de ellos (o para quien no es siquiera propietario de un piso). No cabrá, pues, una reserva genérica o indeterminada de las facultades de modificar la estructura o configuración del edificio, salvo que:

a) Contenga las menciones exigidas por el artículo 11, en relación con el 5.^º, último párrafo, de la Ley de Propiedad Horizontal.

b). Se trate de una reserva genérica en favor de constructor, propietario o tercero, que requerirá el acuerdo unánime de la Junta con los requisitos de los artículos 11 y 16, 1.^º LPH, para poder ser actuada (35).

debe ser interpretado restrictivamente, puesto que la fachada es elemento común. De ello hablaremos más adelante.

En análogo sentido, respecto del número de plantas en caso de sobreedificación, vide VENTURA-TRAVESET, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la Propiedad Horizontal*, Barcelona, 1963, pág. 169: «el art. 11 de la LPH —dice este autor— exige acuerdo de la Junta de Propietarios, determinación clara de la naturaleza de la modificación, y de las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o locales, y del titular o titulares de los nuevos pisos o locales».

(34) ALVAREZ, op. cit., 519 parece dar a entender que los «requisitos de constitución» de que habla el úl. pf. del art. 5.^º son los requisitos formales (escritura pública e inscripción en el Registro). Pero el propio autor aclara —en la pág. 463— que se trata de requisitos de contenido, no de forma, puesto que el título constitutivo no exige ninguna forma especial o litúrgica.

De acuerdo, MONET, *Problemas de Técnica Notarial*, cit., 277 y 308.

(35) ALVAREZ, op. cit., 524 y 525. BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, cit., pág. 130.

III. REGIMEN DE ALTERACION DE LOS ELEMENTOS COMUNES. EL PODER DE LA COLECTIVIDAD SOBRE LOS ELEMENTOS COMUNES

El supuesto más típico —y acaso más importante— de alteración de las estructuras del edificio es la construcción de nuevas plantas sobre el suelo. La cuestión, en principio, debe resolverse de modo análogo a la anterior, puesto que no es otra cosa que una específica “alteración de la estructura o fábrica del edificio”. Sin embargo, hay un matiz importante, derivado de que el vuelo es, en principio, un elemento común. (art. 396, párrafo 1.^o del Código civil).

8. DETERMINACION DE LOS ELEMENTOS COMUNES

En tema de elementos comunes es necesario recoger la distinción entre:

a) Elementos comunes *naturales*, indivisibles por ley física y cuya negociabilidad separada está excluida imperativamente por el artículo 396, 2.^o Código civil

b) y elementos comunes *accidentales*, establecidos para la común utilidad de los partícipes, sin que ello sea necesario por ley física (36).

Los primeros se incluyen en la enumeración “ad exemplum” que se contiene en el artículo 396, 1.^o Código civil. Entre ellos se cita el vuelo.

La doctrina señala el carácter imperativo de la consideración de “elementos comunes” respecto de aquellos *físicamente* necesarios para el uso y disfrute adecuados del edificio, como el suelo, escaleras, muros, cimentaciones, etc. Y separa a los demás como “accidentales”, lo que significa la posibilidad de no ser configurados como comunes, sino como privativos, según la voluntad de los que realicen el acto de constitución.

Así, la enumeración establecería una presunción legal en favor del carácter de elemento común de los citados (37), o bien, como con mejor criterio opina otro sector doctrinal, se trataría de una norma dispositiva (38), de modo que las dos partes podrían establecer

(36) Recogen la distinción, basada en la Jurisprudencia del T. S. (Sentencia de 10 de mayo de 1965), que más adelante examinaremos, entre otros, ESCRIVÀ DE ROMANÍ, op. cit., 1.245 y 1.246 y ALVAREZ, op. cit., 468-470.

(37) En este sentido, FUENTES LOJO, Suma, cit., 250-251. PERE RALUY, *La Propiedad Horizontal*, cit., 62. En Italia respecto del art. 1.117 C. C. opinan lo mismo, vgr., PERETTI-GRIVA, *El condominio di casé condivise in piani nelle nuova legislazione*, Torino, 1942, pág. 13, SALIS, *Il condominio negli edifici*, Turín, 1950, pág. 8.

(38) Como dice, p. ej., ZANON, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 104. La teoría arranca de GUIDI, *El condominio nel nuovo codice civile*, Milán, 1942, pág. 55; seguido por BRANCA, *Condominio negli edifici* en *Commentario del Codice Civile a cura di SCLALOJA e BRANCA*, libro terzo, della propietà, 2.^a

como comunes los elementos que tuvieran por conveniente, salvo aquellos elementos estrictamente indispensables para el uso o disfrute del edificio, los cuales forzosamente serán comunes.

A primera vista, una vez determinado lo que es elemento común, entrará en estado de indivisión forzosa que establece el artículo 396, párrafo segundo. Sólo que por más que la redacción del precepto no sea la más acertada, como se ha apuntado (39), parece que se refiere a las partes del edificio estrictamente necesarias para el uso y disfrute de los elementos privativos.

En cambio, es acertado el criterio de quienes consideran que, una vez establecido en el título lo que es parte común, por más accidental que este elemento común sea, estará sometido a las especiales normas de uso y disposición señalados por la ley para estas partes [art. 7.^º, pf. 2.^º: imposibilidad de realizar alteraciones por cada propietario; art. 3.^º: imposibilidad de pedir la división y artículo 11 respecto de la posibilidad de realizar alteraciones] hasta que la comunidad acuerde, con los requisitos de los artículos 11 y 16, 1.^º su desafectación, y conversión en elemento privativo.

9. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma plenamente cuanto hemos venido diciendo sobre el régimen de alteración de los elementos comunes, partiendo siempre de la determinación, verificada en el título de lo que es "elemento común".

Sobre la determinación de los elementos comunes, pueden verse, entre otras, las Sentencias de 10 de mayo de 1965 y 20 de marzo de 1970.

En la primera de ellas, la sociedad promotora de la construcción de un inmueble en régimen de propiedad horizontal, que había ya vendido la totalidad de las viviendas y cuatro de los seis locales comerciales del edificio, construyó otros dos locales comerciales en el semisótano. El presidente de la Comunidad ejercita la acción reivindicatoria sobre ambos locales, fundándose en que se trataba de elemento común. La demanda es desestimada en ambas instancias. Se recurre en casación, entre otros motivos, por inaplicación de los artículos 2, 5, 11 y 16 de la LPH y por interpretación errónea del artículo 396 Código civil.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar:

"...Integrando y armonizando lo dispuesto en los artículos 396 Código civil y 3.^º de la LPH respecto de los denominados "elementos comunes", cabe establecer una clasificación bipartita, a saber: elementos comunes por

ed., Bologna-Roma, 1954, 294 y ss., 296 y Visco, *Le case in condominio*, I, 7.^a ed., Milán, 1967, 132 y sigs.

(39) ZANON, op. cit., 111.

naturaleza, como inherentes al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los locales delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente, que son objeto de enumeración ad exemplum en la propia ley; y elementos comunes por destino, cuales son aquéllos que en concepto de anejos se constituyan especialmente al servicio de todos o de algunos de los propietarios singulares... Los sótanos no pueden clasificarse entre los elementos comunes por naturaleza..."

Por ello concluye el Tribunal Supremo que, no siendo el semisótano elemento común, la comunidad carece del título legítimo de propiedad, que es requisito esencial para el ejercicio de la acción reinvindicatoria. Por la misma razón no cabe aplicar el artículo 11 LPH.

En la Sentencia de 20 de marzo de 1970, se admite la reivindicación de una azotea por la comunidad sin especial problema porque aparece descrita en el título como elemento común.

Respecto de la modificación de los elementos comunes se pueden señalar dos momentos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En un primer momento, se descarta la aplicabilidad del artículo 397 Código civil (antes de la vigente Ley de 1960) cuando pugne con la especial naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal. Se subraya entonces el carácter predominante o principal del piso (elemento privativo), que habían afirmado, entre otras, la importante Sentencia de 9 de julio de 1951 y la de 4 de diciembre de 1953. Así, la Sentencia Anta y Villarino contra Anta y Bermello, 18 de mayo de 1960, no admitió la impugnación de las obras realizadas por el arrendatario del bajo, con autorización del arrendador pero sin consentimiento del resto de los condóminos. Las obras afectaban a la fachada y a los muros, y eran consecuencia del cambio de destino del local, convertido de vivienda en local de negocios. Puede verse también la Sentencia de 21 de febrero de 1963 (Berrondo contra Berrondo).

El giro doctrinal, en consonancia con la LPH, se produce a partir de la Sentencia de 9 de diciembre de 1966, Comunidad de Propietarios de la casa número 28 de la calle A. Toledano de Madrid contra Sevillano Simón.

En el caso, el demandado, que había construido la casa en solar de su propiedad y después había vendido los pisos, realizó algunas obras que alteraban los elementos comunes (como construcción de una vivienda bajo el sótano, apertura de un patio, etc.). La Comunidad pidió que se repusiera a la situación anterior y que se verificase el uso y disposición del solar, patios y otros elementos de acuerdo con la inscripción registral. El demandado opone la autorización de la Comunidad. La Sentencia de 1.^a Instancia absuelve al demandado, pero en apelación se estima en parte la demanda y se conde-

na a cerrar el patio, a destruir la vivienda del sótano y a reintegrar uno de los patios a la Comunidad. Se recurre en casación, alegando la aplicación indebida de los artículos 11 y 16, 1.^º LPH y artículo 397 Código civil. El recurrente razonaba que no cabe apoyar la aplicación de los artículos 11 y 16 de la LPH por su analogía con el artículo 397 Código civil por dos razones: porque el artículo 397 no es de derecho necesario y porque el contenido de los artículos 11 y 16 es mucho más amplio por lo que hay que concluir que ambos preceptos ni tienen el mismo contenido ni igual carácter.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

“...Conforme a lo dispuesto en el artículo 16, 1.^º LPH, se exige la unanimidad de todos los copropietarios para la modificación de cuanto afecte al título constitutivo de la copropiedad, entre lo cual figura, según el artículo 11, la construcción de nuevas plantas u otras alteraciones en la estructura o fábrica del edificio; y habida cuenta de que según el artículo 23 de los estatutos se requiere la misma unanimidad para la modificación del régimen de la comunidad o del número y valor de las participaciones...”

En análogo sentido, se resolvió el caso Comunidad de Propietarios de la finca número 8 de la calle Fundadores de Madrid contra Sevillano Simón, 28 de enero de 1967. La Comunidad pedía se declarase la inexistencia o nulidad de los acuerdos, tomados con asistencia de una minoría de propietarios, por los cuales se autorizaba al demandado para la realización de determinadas obras en los elementos comunes y que se declarase que la copropiedad de los patios es la establecida e inscrita en el Registro. El demandado oponía la validez de los acuerdos, a los que nadie había manifestado su oposición. En 1.^a Instancia se absolió al demandado. En Apelación se estimó en parte la demanda, declarando la inexistencia de los acuerdos y la copropiedad inscrita en el Registro y condenando a la demolición de las obras y reposición al estado anterior. Se recurrió en casación, alegando, entre otros motivos, la aplicación indebida de los artículos 396 y 597 del Código civil, que no son de derecho necesario según el recurrente, y la violación del artículo 348 por acceder a la reivindicación de los patios comunes faltando el requisito de la detención por parte del demandado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, ateniéndose al artículo 23 de los estatutos que establecían el régimen de unanimidad para los acuerdos que impliquen “modificación del número o valor de las participaciones”.

En la Sentencia de 30 de junio de 1967 (Comunidad de Propietarios de la casa número 15 del Paseo de las Delicias de Madrid contra Rodríguez Gómez) se ratifica nuevamente el mismo criterio: la modificación de los elementos comunes está sometida al régimen de unanimidad en el consentimiento. El propietario carece de poder,

por sí mismo, para efectuar cualquier obra que entrañe alteración de los elementos comunes.

En el caso, el demandado había realizado obras que afectaban a los cimientos y al muro de carga de una crujía, en un local comercial del edificio. Las obras fueron asesoradas por peritos, incluso por el aparejador de la Comunidad. Esta consiguió la paralización por interdicto y ahora pide la reposición al estado anterior. El demandado opuso, entre otras razones, los dictámenes periciales en el sentido de que las obras eran beneficiosas y se verificaban con todas las garantías de seguridad. La demanda fue desestimada en ambas instancias. Se recurrió en casación alegando, entre otros, la inaplicación de los artículos 7.^º, pf. 2.^º de la LPH y 396 pf. 1.^º del Código civil. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso:

“...Obras de tal índole, afectantes a los elementos comunes de la edificación no son las que pueden ser efectuadas por cada propietario sin más que cumplir con los requisitos del artículo 7.^º, pf. 1.^º de la LPH, máxime cuando media la oposición expresa de la Junta de la Comunidad...”

Una vez más, la regla de la unanimidad para las obras que impliquen alteración de los elementos comunes ha sido consagrada por la Sentencia de 21 de mayo de 1970.

Del examen de estas sentencias podemos obtener, al menos tres conclusiones:

a) El artículo 396 contiene una enumeración ejemplificativa de los elementos comunes y permite por ello un amplio juego de la autonomía privada en la determinación de las concretas partes comunes de una determinada finca. Pero hay un mínimo de elementos que por naturaleza han de ser comunes, porque sin ellos es imposible o muy difícil el goce de las partes privativas.

b) Una vez determinado lo que es elemento común, sea o no por naturaleza, estará sometida a la regulación especial prevista en la ley para estas partes. En otras palabras, se estará a lo establecido en el título, que sólo por unanimidad puede ser modificado. Algunas sentencias relacionan la alteración de los elementos comunes con la variación del número y valor de las participaciones, esto es, con la determinación de los derechos de cada uno de los condóminos o, si se prefiere, con la fijación del título. El criterio nos parece acertado.

c) Sobre lo que es elemento común, resulte del título o de la naturaleza, cada uno de los propietarios carece de toda facultad de realizar alteraciones, modificaciones o reparaciones. Carece, en otras palabras, de facultad de “disposición física”. Las reglas de los artículos 7, 2, 11 y 16, 1.^º de la LPH son análogas a la contenida en el artículo 397 del Código civil, con un matiz que señalar: que las

de la LPH parecen imperativas, mientras que el artículo 397 puede entenderse como de derecho dispositivo.

Ahora bien, aquí nos importa subrayar que sobre los elementos comunes, dado el juego de las reglas citadas, cada propietario carece del poder de realizar alteraciones. Este poder está en manos de la colectividad.

El carácter dispositivo que se ha señalado en el artículo 396, párrafo 1.^o Código civil está también limitado por el "contenido esencial" del régimen de Propiedad Horizontal: tiene que haber unos elementos comunes mínimos necesarios para que el disfrute del piso sea posible. Quien otorgue el acto de constitución puede fijar los elementos privativo y común, salvo los elementos físicamente indispensables.

10. EL VUELO

El vuelo puede, según la doctrina, ser configurado como derecho independiente, y no como elemento común (40). En tal caso deben haberse cumplido los requisitos del artículo 11 LPH en el título constitutivo, en el que constará en germen la realización de la posibilidad de construcción de nuevas plantas y sólo se tendrá que verificar un actualización posterior, sin necesidad de acuerdo de la Junta. Tal configuración sería conocida y "ratificada" por todos los propietarios, al ir adquiriendo sus respectivos pisos. Pero es de notar, que el conocimiento y la "ratificación" de la concreta configuración de cada propiedad horizontal, como antes decíamos, no pueden equivaler a la autorización que exige el artículo 11 de la ley.

En efecto, si el vuelo figura en el título como elemento común, ha quedado claro que debe recaer un acuerdo unánime de la Junta, fijando las circunstancias del artículo 11.

Por contra, si aparece configurado el derecho de vuelo con carácter independiente, y con las circunstancias del artículo 11 bien expresadas, estaremos en el supuesto del artículo 7.^o, párrafo 1.^o o en un terreno muy semejante, ya que tenemos un proyecto que define una configuración y una estructura del edificio, tal y como va a quedar cuando esté totalmente realizado o llevado a la práctica el proyecto de construcción de nuevas plantas. En tal caso, la ejecución del derecho de sobreedificación no alterará la estructura o la configuración del edificio, puesto que la finca en cuestión tiene una estructura y una configuración que comprende las nuevas plantas (para el caso sería lo mismo tratándose de la ejecución de cualquier tipo de obras). La estructura y la configuración de un edi-

(40) ALVAREZ, op. cit., pág. 524 y 525, basado en el art. 16 del Reglamento Hipotecario, adaptado a la L. P. H. y concretamente al art. 8.^o, 4.^o de la Ley Hipotecaria (texto siguiente) y al art. 11 L. P. H.

ficio no han de ser forzosamente las que materialmente resulten de las obras o construcciones ya realizadas. Del mismo modo que cabe la inscripción de un edificio empezado a construir, pero aún no terminado (art. 8.^º Ley Hipotecaria) y aún a juicio de algunos autores (a mi entender correcto), después de contar con un proyecto definido (41).

Se tratará del titular o titulares de los futuros pisos que realiza las obras de instalación de un elemento arquitectónico, instalaciones y servicios de sus pisos dentro de los propios límites del precepto, esto es, de acuerdo con la estructura y configuración del edificio (que lógicamente no se ha plasmado aun en obra, pero tienen ya existencia); y sin alterar ni menoscabar la seguridad ni perjudicar los derechos de otro propietario.

Lo que viene confirmado, de acuerdo con lo que algún autor ha precisado, por el hecho de que cualquier alteración del plan prescrito, en cuanto a las plantas a construir u otro dato cualquiera que entrañe modificación del derecho, significaría una modificación del título y debería ajustarse a lo dispuesto en los artículos 5, 11 y 16 que hemos examinado (42).

Los adquirentes de los pisos no tienen que autorizar más obras que las realizadas por el titular en su piso, como no las tienen que autorizar en el supuesto tipo del artículo 7.^º, párrafo 1.^º, cuando se verifique dentro de los límites que el precepto señala. Cuando al otorgar la escritura de compraventa o en otro momento conocen la existencia del derecho de sobre elevación (o del derecho de realizar otras obras, por ejemplo, en los bajos) de acuerdo con los artículos 5 y 11 se comportan como el adquirente de un piso respecto de las obras que el titular de otro piso ya terminado se propone realizar en él. El edificio tendrá tantos o cuantos pisos, unos acabados y otros por construir, pero se conocen y están fijadas las condiciones esenciales del título y está asegurada la fijeza del mismo, que es tanto como decir el alcance y la medida del derecho de los condóminos.

Cuando, por el contrario, deba autorizarse una alteración de la estructura o configuración del edificio o de los elementos comunes, lo tendrán que hacer ajustándose al régimen de los artículos 11 y 16, pf. 1.^º LPH y, desde luego, por unanimidad.

Notemos también que de todas estas consideraciones resulta

(41) DE LA CÁMARA, GARRIDO y SOTO, *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana*, en «Revista de Derecho Notarial», LXIV (1969), pág. 145 y sig. Según estos autores, desarrollando el precepto del art. 8.^º, 4.^º de la Ley Hipotecaria, se puede admitir la constitución de la Propiedad Horizontal sobre edificio cuya construcción está ya definida, esto es, cuyo proyecto haya sido aprobado por los organismos oficiales. Los autores proponen una interpretación de la norma citada en el sentido de entender la expresión «construcción comenzada» en sentido no rigurosamente físico, sino más bien técnico (pág. 177 y 178).

(42) ALVAREZ, *El título constitutivo*, cit., 525.

que no se puede hablar de "vuelo" sino refiriéndose al espacio aéreo que se encuentre por encima de las plantas en proyecto. Y que este "vuelo" será siempre elemento común, como se desprende de una primera lectura del artículo 396, 1.^º Código civil. Parece que, en este sentido, siempre habrá un vuelo que será elemento común, porque lo que se puede reservar no es una apropiación del vuelo, sino un derecho a elevar más plantas sobre lo que en un momento dado es "vuelo" físico de lo edificado, pero que en realidad ya no lo es en sentido jurídico.

11. LA REGULACION ESPECIAL DEL DERECHO DE VUELO

El artículo 16, 2.^º del Reglamento Hipotecario, que regula el "derecho de vuelo" y permite la inscripción en el Registro, no altera los términos de nuestro planteamiento toda vez que está redactado conforme al Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por lo que debe adaptarse en su aplicación a la Ley (posterior y de mayor rango) de 21 de julio de 1960 (43) y, además, exige se haga constar las notas de los nuevos pisos y las normas del régimen de comunidad, si se establecieren. Esto es, no regula un supuesto de reserva de un poder general en favor del propietario, sino que, ya antes de la LPH, indica la necesidad de una previsión respecto del resultado del ejercicio de este derecho.

Con ello, vista la necesidad de adaptar este precepto a los artículos 5, 11 y 16, 1.^º de la Ley de Propiedad Horizontal, queda claro que si el edificio pertenece en Propiedad Horizontal a varias personas, la concesión del derecho de vuelo requerirá el acuerdo unánime de todos los propietarios (44). Si el edificio pertenece a un sólo titular, se creará una situación de Propiedad Horizontal entre el propietario de la construcción primitiva y el constructor de las nuevas plantas, titular del derecho de vuelo.

La Propiedad Horizontal nacerá ya al otorgarse el derecho de levante, cuando su titular se proponga construir de inmediato, ya en un momento posterior, cuando se defina la nueva construcción.

En ambos supuestos, se debe otorgar el título constitutivo, con las menciones del artículo 5.^º LPH, para que nazca la Propiedad Horizontal. Hasta que la construcción se defina, el concesionario del derecho de vuelo es titular de un derecho real sobre todo el edi-

(43) ALVAREZ, op. cit., 524, dice que es «preciso adaptar este artículo a la nueva situación creada por la Ley de Propiedad Horizontal». Lo que, a juicio del autor, indica el art. 16 del Reglamento Hipotecario es que el derecho de vuelo, sin llegar a constituir propiamente una finca, «figure en el Registro».

(44) En este sentido, DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO, *Modalidades en la constitución...*, cit., pág. 201, nota 51. Conviene, sin embargo, señalar que la necesidad del acuerdo unánime, como hemos visto, no depende únicamente del carácter de «elemento común» que tiene el vuelo.

ficio que comporta, de un lado, la facultad de construir y hacer suyo lo construido y, de otro, la de exigir la constitución del régimen de Propiedad Horizontal (45).

12. CONCLUSIONES CRITICAS

Llegados a este punto, acaso convendrá obtener algunas conclusiones, relacionando las consideraciones expuestas con la doctrina de las sentencias comentadas, y muy especialmente con la fundamentación de esta doctrina.

Ante todo, hemos de señalar que se puede descomponer el precepto del párrafo 1.^º del artículo 7.^º de la Ley de Propiedad Horizontal en tres límites que definen la esfera del poder del propietario de un piso en régimen de Propiedad Horizontal respecto de lo que se ha llamado la "disposición física" (que se incluye dentro de la facultad de goce en sentido amplio). De ellos, uno no puede ser sino imperativo: el que se refiere a la seguridad de edificio. Otro (el que atañe a la defensa del derecho de otro propietario) es imperativo en su formulación general porque el perjuicio de tercero es un límite del ejercicio de los derechos subjetivos, y por tanto de la autonomía privada. El tercero de los límites examinados (la alteración de la estructura o fábrica del edificio) se corresponde en realidad, con el poder concedido por la ley a la colectividad o comunidad respecto del bien "edificio". Las dos sentencias comentadas planteaban dos conflictos en torno a este límite. De ahí que haya sido objeto principal de nuestro estudio.

El propietario de piso carece de poder de "disposición física" respecto de la estructura y configuración del inmueble en su conjunto, como carece del poder de realizar alteraciones en las partes comunes (art. 7.^º, 2.^º párrafo). Sólo la comunidad lo puede hacer, y ajustándose al régimen preceptuado por los artículos 11 y 16, 1.^º de la Ley de Propiedad Horizontal.

El otorgante u otorgantes del acto de constitución (que se reflejará en el título) pueden configurar el régimen de Propiedad Horizontal dentro de una amplia potestad decisoria, con dos límites fundamentales: la fijeza y determinación del título de una parte, y de otra, el contenido mínimo esencial de una situación de Propiedad Horizontal. Así se desprende de los artículos 5 y 11 de la ley.

Ello quiere decir que cabe una configuración de un concreto régimen de Propiedad Horizontal en que esté prevista la realización de determinadas obras, pero siempre respetando el contenido del título constitutivo de modo que no haya verdadera "alteración" ni del título ni de la estructura o configuración del edificio, ya que estos son conceptos que indican una realidad jurídica, no mera-

(45) DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO, op. cit., 202 y 203.

mente física o material. Cuando, por el contrario, se haya de apreciar una auténtica alteración, deberá intervenir la colectividad, compuesta por quienes en tal momento sean propietarios del edificio (esto es, de pisos o locales en el edificio).

Por la misma razón, las cosas comunes, que mientras lo sean (es decir, salvo la posibilidad de desafectación, que también deberá operarse en los requisitos del art. 11) están bajo control de la comunidad, no son objeto de ninguna alteración por el propietario del piso.

Este límite a la esfera del poder del propietario del piso, contenido en el párrafo 2.º del artículo 7.º, se debe tener conceptualmente distinto del anterior (referente a la imposibilidad de alterar la estructura), aunque obedezcan a idéntica razón (el poder de la colectividad) y aunque, de hecho, se presenten muchas veces unidos, dado que para alterar la estructura, configuración, etc. generalmente hay que provocar alguna alteración en los elementos comunes. La razón de la distinción (además de la posibilidad de alterar vgr.; la configuración exterior sin pasar por un elemento común) estriba en que la estructura, configuración etc. del edificio son bienes distintos de los elementos comunes, aunque pertenezcan de alguna manera a (quienes podemos llamar) un mismo titular.

También respecto de los elementos comunes el otorgante del acto de constitución goza de amplia maniobra. Pero lo que se configura como común escapará a su poder y caerá en el de la comunidad. Aparte de que hay un mínimo de elementos comunes indispensables sin los que no se puede hablar de propiedad horizontal.

Partiendo de estas consideraciones, intentaremos ahora afrontar el examen crítico de las dos sentencias comentadas.

Parece claro, en primer lugar, que no es aceptable el principio de que los artículos 7 y 11 de la LPH (7 y 9 en la Sentencia) son disposiciones legales que no restringieron ni ampliaron el margen que a la libertad infractual se concede en el artículo 1.255 Código civil" o, si se prefiere, que "no queda coartada (por la LPH) la libre voluntad de los contratantes para establecer los pactos y condiciones que estimen oportunos en ejercicios del ppo. de autonomía de la voluntad, siempre que no aparezcan prohibidas por los perceptos de la Ley".

Ambas declaraciones son dos puros axiomas que nada resuelven, porque remiten a una investigación de las normas en concreto, con el fin de determinar bien si un determinado pacto es "contrario a la ley" (1.255 Código civil) bien si "aparece prohibido en la ley". De ninguna de ambas fórmulas se puede obtener una luz suficiente para resolver la cuestión. Lo peligroso es que, así citadas, se pueden convertir en "doctrina legal".

Ahora bien, en ambas sentencias, la fundamentación del fallo se encuentra ligada a la validez de los contratos celebrados entre las partes. El Tribunal Supremo estima, en ambos casos, que los con-

tratos son perfectamente válidos y que las partes están vinculadas por ellos. La razón de la validez es, de un parte, que la LPH no altera los términos del artículo 1.255 Código civil, y de otra, que la citada Ley no prohíbe expresamente tales pactos. Con ello, no hace sino aplicar el principio de la presunción de derecho dispositivo.

Sin embargo, aún siendo cierto que la ley no prohíbe directamente los mencionados pactos, el tenor literal de los preceptos que hemos examinado no nos puede llevar a mantener el carácter dispositivo de tales normas. Como tampoco permite semejante conclusión el tratarse, como hemos visto, de preceptos que establecen el contenido esencial de la Propiedad Horizontal y las formas de constitución y modificación de este régimen.

Por otra parte, el artículo 7.^º, párrafo 1.^º es, según hemos dicho, una norma que limita el poder del propietario, y que al propio tiempo, lo define. Por ello, está ligada al artículo 348 del Código civil, puesto que viene a definir la esfera de potestad del propietario del piso, precisando las "limitaciones" (en realidad más exactamente, "límites", como hemos visto) que en este caso concreto experimenta el poder de gozar y disponer que caracteriza el derecho de propiedad.

Por todas estas razones, no parece que el precepto pueda ser considerado como "norma dispositiva".

Así, la premisa general del silogismo de ambas sentencias se viene abajo. Las normas de los artículos 5, 7^º, 11 y 16^º son imperativas y no consienten la vigencia de un precepto de la autonomía privada por encima de ellas.

Quedan, no obstante, algunas circunstancias por examinar en lo dispuesto de las sentencias comentadas.

En primer lugar, si la reserva de la facultad de realizar la obras contenía las menciones imperativas del artículo 11, en cuyo caso (como hemos visto) no se producía una verdadera alteración de la estructura, ni del título constitutivo. Nada se dice en las sentencias. Pero tal argumento hubiera podido fundamentar la tesis del Tribunal Supremo.

En segundo lugar, respecto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1968, las referencias a la conducta de los actores. En el caso, ambos litigantes eran los únicos propietarios del edificio. El título de constitución se contenía en el negocio de adquisición, es decir, en la escritura de compraventa, donde constaba la facultad de realizar las obras de sobreedificación. El Tribunal Supremo sobreentiende en el caso, un "venire contra factum proprium" del autor que se opone a la realización de unas obras que había "consentido".

Ahora bien, como hemos visto, el conocimiento y la adquiescencia prestada en el título constitutivo sólo son válidas cuando no sufren por ello ni la fijeza y determinación del propio título, ni, de

otra parte, el contenido esencial del régimen de Propiedad Horizontal.

Por ello, no nos parece correcta la aplicación hasta el límite del artículo 1.258 Código civil, ni menos aún concediendo al ejecutor de las obras facultad para alterar los elementos comunes, poder evidentemente desmesurado, que ni la conducta de los actores, ni el artículo 1.258 pueden fundamentar, salvo siempre que en el título se contuviera una configuración o estructuración del edificio que no resultara en realidad, afectada por las obras.

La doctrina ha observado con justicia, que la ley no establece ninguna posibilidad para actuar contra quien se oponga a la realización de las obras, por muy perjudicial que fuese para los demás esta actitud (46). Cuando uno, en este caso el titular del derecho de sobreelevación, cuenta con una declaración, en principio, favorable, del único que puede oponerse. ¿Puede darse algún valor a semejante declaración? No el de una autorización en regla, salvo el caso de cumplir los requisitos de los artículos 5 y 11 LPH. Pero ¿carece por completo de valor?

Estamos ante un supuesto semejante al del acuerdo unánime de la Junta que no contenga las menciones del artículo 11. Como hemos visto, el juego de los artículos 11 y 5.^º impone el cumplimiento de los requisitos establecidos.

La consecuencia del incumplimiento no puede ser sino la nulidad del pacto (arts. 1.255 y 4.^º CC.). En el caso de autorización en el acto constitutivo, la ineffectio parcial: Utile per inutile non viuantur. Solución que el Código civil admite en otros casos de oposición a las leyes imperativas (47).

La declaración de voluntad del adquirente del piso sobre la autorización de las obras no puede ser explicada como renuncia a un derecho a oponerse. Ni cabe tampoco ver en la impugnación de su declaración, efectuada indirectamente a través de la oposición a las obras, un "venire contra factum proprium".

No cabe hablar de renuncia:

a) Porque como acertadamente se ha señalado (48), sólo en sentido impropio se puede llamar renuncia al acto por virtud del cual no se abandone el derecho cuya titularidad se ostenta (lo que

(46) FUENTES LOJO, *Suma cit.*, I, 551.

(47) Vide DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., 294: La ineffectio parcial se prevé en nuestro ordenamiento, entre otros, con los supuestos de los arts. 1.316-1.317 y 1.691. Habría que salvar no obstante, la intención práctica de las partes. Cuando estas no hubieren celebrado el contrato sin la parte nula, la ineffectio debe ser total. La prueba de la voluntad (conjetural) de las partes corresponde a quien sostenga la nulidad total.

(48) DÍEZ-PICAZO, *La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, pág. 1172 a 1175.

sería renuncia en sentido técnico) sino que se rechaza o se impide la entrada en el patrimonio de un sujeto de un derecho que sin esta declaración de voluntad ingresaría normalmente. Cuando el derecho subjetivo se contempla no como unidad cierta del patrimonio del renunciante, sino como mera posibilidad, no se puede hablar de renuncia en sentido técnico. Lo que hay en tal caso es un acto de autonomía, un acto de determinación del contenido de la relación jurídica, que consiste en la exclusión de un derecho que por formar parte del contenido típico de la relación existiría si las partes no lo excluyeran. Y frente a una norma imperativa, parece que el acto de autonomía privada no puede tener eficacia.

Por tanto, la Propiedad Horizontal se constituye siempre con el régimen previsto para la alteración del título constitutivo en los artículos 5 y 11.

b) Porque considerar la autorización como una renuncia al derecho de oposición (en sentido técnico) después de constituida la Propiedad Horizontal no es viable, dado que el poder de autorización de un propietario o, mejor dicho, de la comunidad, no es un verdadero derecho subjetivo (como hemos visto, se trata de una *facultad* dependiente de la situación de condómino o de propietario del piso si se prefiere), que forma parte del contenido esencial de la Propiedad Horizontal, y que sólo es renunciable dentro de la propia posición jurídica en la que vive y de la que es parte inseparable.

Por otra parte, la impugnación de la cláusula ineficaz contenida en el título, no puede constituir un "venire contra factum proprium" por más que goce de gran arraigo en nuestra doctrina y jurisprudencia, la doctrina de los propios actos como límite a la facultad de impugnar un negocio ineficaz. En primer lugar, siempre se ha salvado la posibilidad de impugnar los contratos celebrados contra una prohibición de la ley. En segundo lugar, si se aprecia un "venire contra proprium" en la impugnación de un negocio cuando se le ha prestado aquiescencia en los actos del impugnante, estamos en el campo de la confirmación tácita (49) que exige un negocio anulable o impugnable, pero no automática y radicalmente nulo. (Y no obsta para ello que la nulidad inficie solamente una o alguna de sus cláusulas, ya que sólo respecto de ésta cabría la impugnación). De otro lado, no cabiendo la renuncia, no se puede ver un "venire contra factum proprium" por actuar un derecho renunciado.

Todo lo cual nos lleva a la conclusión ya señalada: **imperatividad de las normas en examen e ineficacia de un contenido negocial distinto impuesto por un precepto de la autonomía privada.**

(49) DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*. Barcelona 1963, pág. 171 a 176. La convalidación del negocio nulo es un remedio excepcional (sobre el Testamento nulo). Vide GULLÓN, *La confirmación*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1960, pág. 1195 y igs., esp. 1199 a 1206.

IV. LOS ORGÁNOS DE GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

13. PLANTEAMIENTO

La Ley de 21 de julio de 1960 establece una organización básica dirigida a conseguir el equilibrio de la tensión que entre la soberanía individual y la del grupo (50) que se produce necesariamente en cada situación de Propiedad Horizontal.

En la exposición de motivos, se indica la necesidad de resolver esta tensión ocasionada por la "conurrencia de una colectividad de personas en la titularidad de derechos que, sin perjuicio de su sustancial individualización, recaen sobre fracciones de un mismo edificio y dan lugar a relaciones de interdependencia entre los respectivos titulares".

Estas palabras señalan dos causas de fricción que nos parecen exactas:

a) La "conurrencia de una colectividad en la titularidad de los derechos", es decir, el aspecto comunitario en sí mismo.

b) La unidad final del objeto de los derechos: el edificio o área, cuya suerte corren todos los partícipes, por más que puede individualizarse formal o lógicamente el piso.

Efecto necesario de estas dos causas es un haz complicado de relaciones de interdependencia, para cuya regulación establece la Ley una vertebración básica, apoyada sobre tres órganos fundamentales: el Presidente, la Junta y el Administrador (art. 12), de los cuales los dos primeros son esenciales e imprescindibles legalmente, mientras el tercero es esencial en cuanto a la función pero facultativo en cuanto al nombramiento de persona especialmente encargada.

(La práctica, sin embargo, en la gran mayoría de los casos, ha establecido los tres órganos, confiando las funciones de Administrador a profesionales).

A primera vista, esta organización legal confiere al grupo de condóminos una cierta coherencia y lo aproxima en alguna medida a la figura de una comunidad cualificada, cercana a los tipos societarios, como han puesto de relieve algunos autores (51).

(50) Vide DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre Jurisprudencia Civil*, tomo II, Madrid 1969, pág. 171.

(51) Así, ESCRIVÀ DE ROMANÍ, op. cit., 1246 a 1249. Vide también: BARMANN, *Sobre la dogmática del condominio*, en «Revista de Derecho Notarial», XIII-XIV (1956), pág. 159 y sigs., esp. pág. 171. La doctrina francesa subraya como característica de la Prop. por apartamentos la presencia de una fuerte organización colectiva y la participación en ella del propietario del «lot» (la ley francesa de 10 de julio de 1965 concede la personalidad jurídica al Sindicato de propietarios). Por todos, vide GIVORD-GIVERDON, *La copropriété*. París, 1968, pág. 107 y GIVERDON, *Copropriété par appartement et copropriété horizontale*, en «Etudes de Droit con-

El vértice de todo este montaje se encuentra, a nuestro juicio, en la figura del Presidente, a quien, según el artículo 12, párrafo 1º, se confiere la representación de la Comunidad en juicio y fuera de él.

La exposición de motivos señala que con esta representación otorgada al Presidente y referida a todos los titulares "se resuelve el delicado problema de legitimación que se ha venido produciendo".

Tendríamos en un primer análisis, una representación legal, necesaria, que excluiría la actuación de los demás condóminos (los cuales carecerían de legitimación).

Un primer problema, entonces, estribaría en el *representado*: o la comunidad o todos y cada uno de los propietarios considerados aisladamente. La comunidad (como se ha dicho tantas veces) no es persona jurídica. Pero entender la representación como conferida por una relación entre el Presidente y cada uno de los propietarios no está exento de dificultades. Por ejemplo, la elección se produce por mayoría. La minoría, sin embargo, queda representada por quien no recibió su voto ni su consenso. Habrá que determinar, en segundo lugar, en base a qué relación de gestión, ya que la más típica (el mandato) encuentra algunas dificultades de adaptación.

Por otra parte, si entendemos que el Presidente, representa a la comunidad como grupo organizado nos acercamos a la figura de la llamada "representación orgánica", de la que se duda si es o no representación en sentido técnico. La cuestión planteada en torno a la naturaleza de la representación conferida al Presidente envuelve una serie de subproblemas sobre el sistema de gobierno de la Propiedad Horizontal, significado de la organización colectiva, etc. y es evidente que la respuesta que se dé a estas cuestiones servirá de punto de apoyo para una teoría explicativa de la estructura y función del elemento comunitario en la Propiedad Horizontal y, con ello, del contenido fundamental de la institución.

La doctrina presenta notables dudas y vacilaciones, dentro de una bipolaridad de posiciones: entre el recurso a la figura del mandato y la remisión a la teoría de la representación legal (52).

temporain»: VIII.º Congrés International de Droit comparé (Pescara, 1970). París, 1970, pág. 90.

Otro sector de la doctrina rechaza de plano esta aproximación a los tipos propietarios, y cree que la «comunidad» no es más que una figura retórica, una fórmula verbal para referirse a todos y cada uno de los propietarios. Así, MONET, *Problemas de técnica Notarial*, cit., 313 y 323.

(52) Para MONET (*Problemas de Técnica Notarial*, cit. 314) el Presidente es un mandatario en una relación de mandato representativo y general *entre el Presidente y la comunidad* y con interesantes desviaciones de tipo general del C. C. (arts. 1.709 y sigs.). Según FUENTES LOJO (Suma, cit., 757) será un mandatario FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (*La Ley de P. H.*, cit. 604-605), lo considera «Organismo de Gestión y representante legal».

En opinión de ZANÓN MASDEU (*La propiedad de casas por pisos*, ct. 481 y 482), nos encontramos ante el supuesto de una representación legal o necesaria: el Presidente representa a todos los condeños individualmente considerados. DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO (*Modalidades en la constitución...*, cit., 235-236), sub-

Las vacilaciones se agravan en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuyas sentencias revelan la existencia de dos líneas o tendencias, no precisamente coherentes y bien avenidas, sino más bien contradictorias y antagónicas que coexisten en este momento.

14. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La primera sentencia en que se plantea el problema de la representación otorgada por el artículo 12 al Presidente es la *de 19 de junio de 1965*.

En el caso, el arrendatario de un local de negocios solicitó del arrendador, propietario en régimen de Propiedad Horizontal, el permiso para llevar a cabo unas obras que, por afectar a la fachada del local repercutían en uno de los muros principales del edificio y que, por su propia naturaleza requerían el cumplimiento de las exigencias establecidas en la ley para las alteraciones de los elementos comunes.

El arrendatario obtuvo la autorización del arrendador, del Administrador y del Presidente, otorgadas tras la certificación del Arquitecto de que las obras no entrañaban ningún peligro para la integridad del inmueble.

El litigio surgió cuando, con posterioridad, la Junta, desautorizando a su Presidente, afirmó que no había otorgado su consentimiento, que ahora expresaba en forma negativa, solicitando la paralización de las obras y la reposición al estado anterior a costa del arrendatario.

En 1.^a instancia la demanda fue desestimada.

La Audiencia revocó esta sentencia y, estimando la demanda, declaró que las obras habían afectado a los elementos comunes y eran abusivas e ilegales por falta del consentimiento de la Comunidad. En consecuencia, condenó a paralizar las obras y a reponer a la situación anterior.

Se promueve recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la interpretación errónea del artículo 1.902 y la inaplicación del artículo 1.258 Código civil.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, con base en los siguientes considerandos:

Es preciso partir de la naturaleza y facultades que deben atribuirse al Presidente de la comunidad de propietarios en régimen de Propiedad Horizontal, para lo

rayan la dificultad de encasillar la representación que ostenta el Presidente y aún excluyendo la figura de la representación orgánica, concluyen que si bien es una representación referida a todos y cada uno de los propietarios, se confiere y ejerce «*Sub specie communitatis*».

cual es forzoso tener en cuenta lo que dice la exposición de motivos de la vigente Ley de 21 julio 1960, a cuyo tenor, es uno de los tres órganos (junto con la Junta de propietarios y el Administrador) a quienes se confía normalmente el adecuado funcionamiento de esta forma de propiedad, el cual, aunque represente a la comunidad según se dice el artículo 12 de la misma Ley, *no lo es en sentido técnico de representante*, pues sus actos no son de representación aislada e independiente que requiera en cada caso unos poderes específicos, ni consta tampoco por ningún lado que obre en virtud de la concesión de una procura de carácter general, sino que actúa como un auténtico órgano del ente comunitario al que personifica en las relaciones externas del mismo, sustituyendo con su voluntad individual, la auténtica voluntad social o común y viniendo a ser un puro instrumento físico a través del cual actúa la comunidad, lo cual elimina la distinción y contraposición de sujetos típicos de la representación y permite al propio tiempo considerar todo lo realizado por el Presidente no como hecho "en nombre de la comunidad", sino como si ésta misma fuese quien lo hubiera realizado, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho Presidente y la Junta de propietarios, ante los que, como es lógico, deberá responder en el caso de que lo llevado a cabo no se hubiera ajustado a las normas legales de orden general o del particular contenidas en los Estatutos que rigen la vida de cada una de estas entidades.

De acuerdo con todo lo anterior, cuando el arrendatario hoy recurrente, después de obtener el permiso del propietario del local de negocios que tenía arrendado, se dirige al Presidente de la comunidad de propietarios, cumpliendo todo lo que éste le pide, según lo ordenado legalmente, es incuestionable que se ha dirigido al único órgano a quien podía hacerlo, el cual cuando concede la autorización requerida no es que la dé en nombre propio —más o menos real— por representación del ente comunitario, sino que se limita a sustituir la verdadera voluntad de éste en virtud de la catalogación de órgano formal del mismo que legitima a todos los efectos legales al tercero que con él contrató —en este caso el arrendatario— para obtener las consecuencias jurídicas que le sean favorables como inevitable derivado de la *legitimación por aquella apariencia formal* de ésta como de cualquier otro tipo de situación jurídica, básica en nuestro sistema como en todo ordenamiento que trate de proteger el tráfico jurídico, de lo que, en nuestra legislación, existen varios

ejemplos concretos, entre otros el supuesto de los artículos 135 y 144 del Código comercial.

Que esta justificación formal de la actuación del actual recurrente, al pactar con el órgano de la comunidad de propietarios, haciéndolo con el único que legalmente estaba en condiciones de poderlo efectuar, solamente podía quedar enervada en el caso —que ni siquiera ha sido alegado en el supuesto presente— de que aquél no hubiese procedido con la buena fe, indispensable para que aquella protección a la apariencia formal pudiera desplegar toda su eficacia jurídica, puesto que no sabía, ni tenía por qué saber que aquel Presidente, órgano de la comunidad, al ponerse en contacto con él, no había recabado el asentimiento del resto de los mismos, aspecto este subjetivo de la buena fe entendido como un estado de conocimiento que recogen los artículos 433 y 1.950 del Código civil y que inevitablemente debe ponerse en relación con la consecuencia objetiva del 1.258 del mismo Cuerpo legal, en el sentido de que no hay base bastante para catalogar como ilegal la actuación del recurrente, emprendiendo y continuando las obras que el tantas veces citado Presidente de la comunidad le autorizó de modo expreso, a causa de todo lo cual procede la estimación del único motivo formulado al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denunciando interpretación errónea del 1.902 del Código civil e inaplicación del 1.258 del mismo Cuerpo legal y con él, la totalidad del recurso interpuesto, casando y anulando la sentencia recurrida”.

La doctrina de esta sentencia se puede reducir a los siguientes puntos:

- 1) El Presidente es un órgano del ente comunitario y no un representante en sentido técnico. En consecuencia su actuación no requiere unos poderes específicos en cada caso (El Presidente pone en obra la voluntad social o común. No hay la distinción y contraposición de sujetos típicos de la representación).
- 2) La actuación del Presidente legitima al tercero en base a la “apariencia formal”. Se trataría de un poder típico, como en los supuestos de los artículos 135 y 144 Código de comercio.
- 3) Esta justificación formal sólo podía ser enervada con la prueba de la mala fe del tercero. Aquí la buena fe es la ignorancia, por parte del tercero, de que el Presidente no había recabado el consentimiento de la Junta. El Tribunal Supremo se remite a los artículos 433 y 1.950 del Código civil (“buena fe subjetiva” como un estado de conocimiento). De ahí que lo pactado por el Presidente

produzca las consecuencias previstas en el artículo 1.258 Código civil.

Esta Sentencia ha sido criticada por algunos autores, considerando que la actuación del Presidente en el caso excedía de sus facultades, por lo que no podía obligar válidamente a la comunidad (53).

De la sentencia examinada obtenemos, por tanto, aparte cuanto después diremos sobre la naturaleza de la "representación" del Presidente, un primer dato: la legitimación activa del Presidente, fuera de juicio, para actuar en nombre de la comunidad frente a terceros.

Esta doctrina, se confirma y ratifica en la Sentencia de 11 de diciembre de 1965, que examina el problema de legitimación de los comuneros para actuar por la comunidad sin la actuación del Presidente, y estima que la "representación" y la actuación del Presidente son *necesarias*.

Así, por lo que parece deducirse del caso (54):

La Comunidad de Propietarios dedujo demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, contra dos Sociedades Inmobiliarias, sobre restitución de obras y disminución y supresión de servidumbre.

La entidad actora alega que los componentes de la Comunidad compraron a la entidad demandada "Inmobiliaria Cruz del Sur, Sociedad Anónima" mediante documentos privados, 29 pisos, sin que en dichos contratos figurase la existencia de una servidumbre de paso para personas como carga del edificio, y al elevar a escritura pública los contratos se encontraron con la existencia de tal servidumbre, siendo agravada ésta al construirse un cinematógrafo por la otra entidad demandada: solicita se declare la agravación de la servidumbre, debiendo ser demolidas las edificaciones construidas y que son causa de la agravación de la servidumbre.

La parte demandada se opuso alegando el conocimiento de la servidumbre por los componentes de la Comunidad de Propietarios, y la falta de personalidad.

El Juez de 1.^a Instancia dictó sentencia estimando en parte la demanda y desestimando la excepción de falta de personalidad adu-

(53) FUENTES-LOJO, Suma, cit. 760. BATLLÉ (*La propiedad de casas por pisos*, cit., 162 y 163) opina que aún aceptando que sea un «órgano» y no un «representante», los órganos sólo deciden dentro de sus atribuciones. Si la Ley (cuya ignorancia no puede alegar nadie) o los Estatutos inscritos en el registro de la propiedad, limitan sus facultades, claro es que no puede sobrepasar estos límites por un acto de su sola voluntad y si lo hiciere no puede válidamente obligar a la comunidad. El tercero no puede alegar que ha celebrado un contrato válido cuando ignore las limitaciones legales o estatutarias del Presidente.

(54) La Sentencia puede verse en la Colección Legislativa (diciembre 1965, página 379 y sig.). La parte demandada opuso la excepción pesentoria de falta de personalidad en la parte actora (pág. 388-389), por no haber tomado el acuerdo en concreto de iniciar el pleito.

cida por los demandados. Apelada la Sentencia, la Audiencia la revocó y estimó la falta de personalidad de la parte actora.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto.

El Tribunal Supremo fundamentó su resolución en los siguientes considerandos:

“Perece el primer motivo porque orientado a demostrar el error de hecho en la apreciación de la prueba que se dice cometido por el Tribunal de instancia, ninguno de los documentos sobre que se asienta, goza de la calidad de auténtico a los fines pretendidos, ya que la certificación del acta de 17 diciembre 1960 objeto de análisis e interpretación por dicho Tribunal, únicamente puede ser censurada en casación por la vía formal señalada en el número 1.^º del mencionado artículo 1.692, en el supuesto de haberse vulnerado alguna de las normas de hermenéutica enunciadas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil como con reiteración ha proclamado la Jurisprudencia de esta Sala y los demás, porque no patentizan por sí mismos y sin necesidad de acudir a conjecturas o deducciones la equivocación que sirve de fundamento al motivo.

Tampoco es viable el segundo motivo del recurso, en el que por igual cauce procesal del que le precede, se acusa a la resolución impugnada de haber incidido en error de derecho de apreciación de la prueba con infracción por no aplicación del artículo 503 de la Ley de Trámites, porque ni este precepto ni los 578 y 601 del mismo Cuerpo legal, que también se citan de forma específica, contienen regla alguna sobre valoración de la misma, como es preciso para el éxito del recurso a causa de estos vicios in judicando, según con uniformidad y constancia, se ha exigido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, ni es lícito invocar globalmente distintos preceptos, como se hace en el motivo, por oponerse a ello lo dispuesto en los artículos 1.720 y 1.729, número 4 de la citada Ley, ni el juzgador de Instancia ha negado a ninguno de los documentos aportados al pleito, la fuerza vinculante que les atribuyen los artículos 1.225 y 1.228 del Código civil.

El perecimiento de los anteriores motivos, llevan consigo el del tercero y último recurso acogido al número 1.^º del indicado artículo 1.692, no sólo porque se apoya en supuestos de hecho contrarios a los afirmados por la Sala de instancia, que como se han visto, han quedado inco-

lumes en casación, sino también, porque las reglas sobre ejercicio de acciones por parte de los condóminos contenidas de forma genérica y con relación a lo dispuesto en los artículos 392 y siguientes del Código civil, en la doctrina legal que se cita en el motivo, son inaplicables cuando, como sucede en la hipótesis aquí contemplada, el legislador estableció un régimen jurídico especial regulador de la persona que debe representar en juicio a la comunidad (art. 12 de la Ley de 21 julio 1960), lo que, unido a la invocación de esta Jurisprudencia se aduce por primera vez en este momento procesal, da lugar a la desestimación del motivo y a la del recurso en su totalidad.

La legitimación pasiva del Presidente de la comunidad se perfila muy claramente en la Sentencia Zulaica contra Presidente de la Comunidad de Propietarios de la finca número 13 de la calle Santuchu de Bilbao, 6 de junio de 1968.

En el caso, la demandante se personó un día en el portal de la casa para realizar una gestión en uno de los pisos. Al tomar el ascensor, encontró la puerta entornada, sin ver lo que había detrás, y juzgando que la cabina del ascensor se encontraba en la planta baja, intentó penetrar en la cabina para utilizarlo. Al abrirse la puerta, cayó al fondo mientras el ascensor seguía funcionando. La autora estimó que la causa del accidente se debió a las malas condiciones de funcionamiento, cuidado y conservación del ascensor y reclamó 250.000 pesetas de indemnización por daños y perjuicios a la comunidad de propietarios.

La comunidad opuso, entre otras razones, la excepción de falta de legitimación pasiva.

La demanda fue estimada en ambas instancias. Se interpuso recurso de casación, fundamentalmente basado en el siguiente motivo:

Inaplicación de los artículos 5, 9 y 20 de la LPH, desde que la sentencia recurrida impone el pago de la indemnización a la comunidad de propietarios, en forma genérica, en lugar de hacerlo respecto a los específicos miembros de la misma que únicamente podrían estar afectados por esa responsabilidad, y en la cuota correspondiente. Se decía también en este motivo que era forzoso excluir de la responsabilidad a los propietarios de las lonjas, que están exentos de los gastos de ascensor y, por último, que en el tiempo que había mediado entre la demanda y la sentencia se habían producido algunos cambios de titularidad en los pisos, por lo que los nuevos propietarios no deberían quedar sometidos a responsabilidad.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso:

“...(La) regulación (del uso de las pertenencias y servicios comunes) se hace (en la Propiedad Horizontal) por un órgano rector colectivo cual es la Junta de Propietarios”

rios, representada en juicio y fuera de él por su Presidente, según el artículo 12...

La sentencia impugnada declara que la causa determinante del accidente sufrido por la parte actora fue el mal funcionamiento del ascensor, debido a la conducta negligente o culposa de los encargados de su vigilancia, de cuya conducta responde la Comunidad de Propietarios, al no haber demostrado que había desplegado la diligencia de un buen padre de familia...

(Hay que desestimar los motivos del recurso) porque si los dueños de las lonjas están exentos de los gastos derivados del ascensor y si hay condueños que han advenido a la comunidad con posterioridad al accidente, ello no afecta para nada a la obligación de pago impuesta a dicha comunidad, y sí a las relaciones internas de ésta, a la que es ajena la víctima, y como además, siendo el ascensor elemento común y surgiendo la obligación de pagar no en la fecha del ávento dañoso, sino cuando se acuerde el pago, es indudable que éste ha de hacerlo el propietario del piso o local actual, según los artículos 9, 5.^º y 20 de la LPH sin perjuicio de que, si no es deudor personal, pueda repetir contra el obligado a tenor del artículo 1.158 del Código civil”.

Aquí el sentido del artículo 12 LPH queda claro. La presencia del Presidente resuelve el problema de legitimación y la comunidad se presenta frente al demandante como un bloque (si no se quiere decir “como un ente”) sin perjuicio de las relaciones internas entre los copropietarios.

Por otra parte, hay que hacer constar que estamos en presencia de una *deuda de la comunidad*, aunque más tarde, en un segundo momento, se convierta en deuda de todos y cada uno de los partícipes. No rige el principio “*nomina et debita ipso iure dividuntur*”. No hay una automática transformación de la deuda en deudas de cada uno de los comuneros (55). No se trata de un caso de solidaridad (56). Hay, en cambio, una deuda mancomunada, o conjunta, es decir, atribuida en común al grupo de copropietarios. La relación crédito-deuda, esto es, en el aspecto de su función o finalidad económico-social, se presenta unificada, como una deuda unitaria, como una deuda entre un acreedor y un deudor.

(55) No rige este ppo., desde luego, en la comunidad hereditaria, según la interpretación que la mejor doctrina ha dado al art. 1.086, 1.^º del C. C. De alguna manera se podría pensar que tal ppo. está recogido en el art. 393 del C. C.

(56) La solidaridad se caracteriza porque cada uno de los deudores tiene el deber de cumplir íntegramente la prestación objeto de la relación obligatoria. Se diría una deuda «mancomunada, común o consorcial» en la terminología de DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. I*, Madrid, 1970. págs. 404 y 419.

Las tres sentencias expuestas revelan una línea jurisprudencial abocada a entender el artículo 12 LPH como un precepto que establece la necesidad de intervención del Presidente en los asuntos que afectan a la Comunidad, con todas las consecuencias que ello implica en orden a la naturaleza de la “representación”.

Semejante doctrina, sin embargo, está en contradicción, al menos aparentemente, con la sentada por las otras dos sentencias que a continuación vamos a examinar.

La 1.^a de ellas es la del caso Azpíllaga y otros contra Cementos Zumaya y electricidad, S. A., y otros, 28 de abril de 1966.

Algunos propietarios de pisos de una finca, que había sido muy dañada por socavones y grietas producidos en el edificio, reclamaron el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados al arquitecto, al constructor y a la S. A. Cementos Zumaya, propietarios de una mina contigua, cuyo mal estado era la causa de los daños. A esta reclamación se adhirieron más tarde los 7 copropietarios restantes.

La Sentencia de 1.^a instancia consideró a la S. A. como única responsable. Esta Sentencia fue confirmada en Apelación.

Se interpuso recurso de casación, entre otros, por el motivo de haberse violado el artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Después de recordar que para invocar falta de personalidad era necesario hacerlo por la vía del artículo 1.693, 2 de la LEC y que los demandantes reclamen en calidad de propietarios privativos de pisos o viviendas, sin arrogarse la representación de la comunidad, dice el Tribunal Supremo:

“En realidad, el problema que plantea el primer motivo del recurso se reduce, simplemente, a determinar si tratándose de una comunidad de casas por pisos, todos los integrantes de la misma, en conjunto, o cualquiera de ellos, aisladamente, pueden ejercitar cualquier acción en reclamación de daños que se les hubiere causado en sus participaciones privativas o, incluso, en los elementos comunes, cuyo uso, disfrute o aprovechamiento les pertenecen en pro-indivisión o si, por el contrario, tales acciones tienen que ser ejercitadas por el Presidente de la Comunidad, a quien el artículo 12 de la Ley confiere la representación para actuar en defensa, tanto de los derechos privativos como de los relativos a los elementos comunes.

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 aún existiendo Presidente designado— podrán ejercitar toda clase de ac-

ciones tendentes al resarcimiento de daños o a la indemnización de perjuicios que se les hayan irrogado lo mismo en relación a sus propiedades exclusivas que con referencia a los elementos comunes, ya que los daños en aquéllas o en éstos le afectan a su derecho particular, que requieren necesariamente la utilización de elementos comunes.

“...Porque los poderes de gestión, de representación y de disposición están limitados en esta especial comunidad al ámbito de la administración y buen uso del edificio, sin interferencia en los derechos autónomos que corresponden individualmente a cada Propietario”.

La lectura de esta sentencia produce una cierta perplejidad, sobre todo cuando se la compara con las anteriormente expuestas. Por una parte, hay que admitir que los daños en el edificio afectan a cada propietario. Por otro lado, el tenor literal del artículo 12, párrafo 1.^º LPH y la Jurisprudencia anterior hacían pensar en una “representación necesaria”. A menos que pueda entenderse que los daños no afectan a la comunidad, es decir, no son uno de los asuntos que afectan a la comunidad” y, por tanto, estamos fuera del ámbito de la representación conferida al Presidente da la comunidad.

La doctrina de esta sentencia ha sido plenamente confirmada por la de 23 de abril de 1970.

En el caso, uno de los propietarios de piso de la finca del número 12 de la calle Caramuel de Madrid, había realizado obras que afectaban al muro de la fachada (elemento común). Entablan el litigio otros tres propietarios, basados en la falta de acuerdo unánime que autorizara las obras. El demandado opone la excepción de falta de legitimación.

En 1.^a Instancia y en Apelación se acoge la excepción interpuesta.

El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación.

“...Probado que el demandado ha realizado obras que afectan al muro de fachada (elemento común) sin obtener el consentimiento unánime de todos los condueños... el único problema es determinar si los actores, que son tres de los copropietarios, están legitimados para el ejercicio de la acción al pedir la demolición de los construido...

Se plantea este tema en el primer motivo, alegando la indebida aplicación del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal y la violación de los artículos 5, 7, 11 y 16, 1.^º LPH, al afirmar la instancia que “para el ejercicio de la acción entablada la única persona con capacidad y aptitud jurídica es el Presidente da la Comunidad en

conformidad con el artículo '12 LPH" cuando se refieran dichas acciones a los "elementos comunes". Y es procedente acoger el motivo por las siguientes razones:

1.^{a)}) Porque el hecho de que el artículo 12 de la Ley mencionada confiere al Presidente de la Comunidad la representación de ésta en juicio, no es impedimento 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 (propietarios) partícipes, el interés que ha de estar jurídicamente protegido de su participación indivisa en los elementos comunes, que es lo que afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1966...

2.^{a)}) Porque siendo indispensable, en la hipótesis tratada por la instancia, el consentimiento unánime de los copropietarios (art. 16, 1.^a LPH)... Si no se concediera acción a cada condómino para impugnar los actos realizados por uno de ellos sin la previa obtención de ese consentimiento unánime, se convertiría en ilusorio el derecho obstativo que a cada uno concede la mencionada norma.

Digamos, ante todo, ampliando la segunda de las razones expuestas por el Tribunal Supremo, que ante la pasividad del Presidente, los copropietarios pueden convocar una junta extraordinaria, cuando actúen en número tal que representen el 25 por 100 de las cuotas (art. 15 LPH) y aún entiende la doctrina (57), que puede solicitarlo del Presidente un copropietario, en caso de que no se acuerde acudir a la vía judicial en defensa de su derecho.

Una vez reunida la Junta, y no pudiendo reunirse el consentimiento unánime previsto por el artículo 16, 1.^º LPH en relación con el 11, para la alteración de las cosas comunes, cualquier acuerdo permisivo o, simplemente en el sentido de abstención, puede ser impugnado como contrario a la ley, según después veremos. Además, puede promoverse en Junta una reclamación contra el Presidente (art. 13, 1.^º) y, recaído acuerdo, acudir al Juez (art. 16, 4.^a).

Cabe asimismo la remoción del Presidente (art. 12, párrafo 4.^º), que se acordará por mayoría (art. 16, 2.^a), y que es libre (58), es decir, no sometida a causas taxativas.

Por más que sea cierto que no está prevista en la Ley de Propiedad Horizontal, una verdadera impugnabilidad de las decisiones que el Presidente tome, la Junta, ciertamente, según es pacífico en

(57) FUENTES Lojo, Suma, cit., 741.

(58) FUENTES Lojo, Suma, cit., 762 y 764. VENTURA-TRAVESET, *Derecho de Propiedad Horizontal*, cit., 246. F. MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal*, cit., 605. PERÉ RALUY, *Régimen orgánico de la Propiedad Horizontal*, «Pretor», 1963, pág. 31.

doctrina, podrá oponerse a su actuación. Pero ¿qué otra vía tiene, además de la remoción?

¿La impugnación prevista en el artículo 16, regla 4.^a, respecto de los acuerdos de la Junta de propietarios podría ser extendida a las decisiones del Presidente?

Hay dos dificultades:

En primer lugar, que se trata de una decisión del Presidente y no de un acuerdo de la Junta.

En segundo lugar, que no es una verdadera decisión, sino la falta de una decisión o de una actuación, es decir, la inercia del Presidente.

Al actuar solicitando la nulidad (acción declarativa) el propietario o propietarios afectados ejercitan una acción general, que no tiene ninguna peculiaridad en sede de Propiedad Horizontal, salvo la ejecutoriedad provisional del acuerdo y el plazo de caducidad de 30 días. En realidad, ninguna de las dos especialidades son explicables: los actos contrarios a la ley son nulos (art. 4.^º Código civil) y la acción de nulidad no está sometida a ningún plazo de ejercicio, según entiende la mejor doctrina (59), como no cabe conceder ningún efecto a los actos radicalmente nulos.

No parece que quepa entender derogados estos principios por la LPH (ley especial) pero de la lectura de este precepto bien puede deducirse que un acuerdo contrario a la ley no impugnado será ejecutivo y, después de 30 días, eficaz.

La única forma de entender el precepto, es que, después de 30 días, o cuando el propietario haya consentido en principio, habrá que acudir a la vía ordinaria: acción declarativa de nulidad, o bien, según la opinión de un sector de la doctrina (60), distinguir los acuerdos nulos de los anulables, aplicando únicamente a los segundos el régimen especial del artículo 16, regla 4.^a de la LPH, con lo que sólo estará vigente este régimen para los acuerdos contrarios a las normas estatutarias que, además, no recojan un precepto imperativo de la ley. Así el plazo de 30 días sustituirá al de 4 años del artículo 1.301 Código civil y la ejecutoriedad provisional coincidirá con las reglas generales en materia de anulabilidad.

La inercia del Presidente no es más que una conducta omisiva, que debe quedar sometida a las mismas reglas que la conducta positiva contraria a la ley.

La regla 4.^a del artículo 16 no puede sino referirse a los acuerdos contrarios a los estatutos y cabría extender su régimen, si acaso, a los actos del Presidente contrarios a las normas estatutarias. Los

(59) Ctr., recientemente y por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., 301 y siguiente.

(60) ZANÓN MASDEU, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 535 y sig. Le sigue FUENTES LOJO, Suma, cit., II, 1.028. ZANÓN señala, con razón, lo desafortunado de la fórmula legal.

actos contrarios a la ley, porque excedan a su competencia o porque aun dentro de la esfera de sus atribuciones sean contrarios a un precepto imperativo, estarán sometidos al régimen de nulidad general, como los acuerdos de la Junta. Para pedir la nulidad está siempre legitimada cualquier persona que tenga interés en ello. Lógico es, por tanto, que esté legitimado cualquiera de los condóminos.

En cambio, la primera de las razones en que la Sentencia de 23 de abril de 1970 apoya el fallo debe ser objeto de un análisis mucho más detenido.

En realidad, se plantea en este considerando el problema de fondo de este trabajo: Si la representación conferida por el artículo 12 LPH al Presidente impide o no que cada propietario pueda ejercitar las acciones pertinentes para defender su interés. En otras palabras, de qué tipo es la "representación" otorgada al Presidente y cuál es su ámbito.

La sentencia, según hemos visto, apoyándose en la de 28 de abril de 1966, resuelve la cuestión en sentido favorable a la actuación de los condóminos. La Sentencia de 11 de diciembre de 1965 respondió que era preceptiva de intervención del Presidente. La de 19 de junio de 1965 (aparte otras consideraciones que más tarde examinaremos) concedió valor y eficacia a la autorización del Presidente sin contar con el acuerdo de la Junta, como en actuación de un "poder típico". Y la de 6 de junio de 1968 estableció la legitimación pasiva, en nombre de la Comunidad, del Presidente.

Acaso la disparidad de las tesis recogidas en las sentencias sea más aparente que real y haya entre ellas un hilo conductor, autorizado por las palabras de la ley, a pesar de la incompleta regulación de esta materia.

Para descubrirlo, es necesario analizar el sentido de la normativa legal en relación con las normas sobre copropiedad, con los principios de la representación en nuestros derechos y, en último término, con la naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal.

15. LA "REPRESENTACION DEL PRESIDENTE

Según la exposición de motivos, "el cargo de Presidente, que ha de ser elegido del seno de la Junta, lleva implícita la representación de todos los titulares en juicio o fuera de él, con lo que se resuelve el delicado problema de legitimación que se ha venido produciendo".

Para conseguir la resolución de este problema se confiere al Presidente la representación en juicio y fuera de él, de la comunidad, en los asuntos que la afecten (art. 12, 1.º).

Si en general esta norma no altera la posibilidad de ejercicio de acciones por parte de los condeños está vacía de contenido y es una declaración vana o, acaso, con un sólo efecto: la economía procesal, el que se pueda conseguir a través de la actuación del Presidente,

que sería opcional, una mayor rapidez o brevedad en los trámites. El "delicado problema de legitimación" se resolvería aportando un expediente más cómodo, pero los condóminos podrían actuar exactamente como antes.

Pero es necesario, ante todo, precisar qué acciones pueden ejercer los condóminos y cómo las pueden ejercer.

A. *El ejercicio de acciones por los condóminos en la copropiedad.*

Recordemos, ante todo, que los actos de administración y de mejor disfrute da la cosa requieren, según el artículo 398 Código civil, el acuerdo de la mayoría de los partícipes. Los actos que supongan alteración de la cosa común o disposición sobre ella, exigen la unanimidad (art. 397 del CC.) "aunque pudieran resultar ventajas para todos".

Corolario de esos principios es que cada copropietario no puede realizar acto alguno de administración sin contar con los demás, que decidirán por mayoría. Ni por ende, ejercitar por sí un acto de administración que necesite del poder de representación de los demás, como ostentar la representación en juicio como actor o demandado. Salvo que haya una imposibilidad absoluta de actuar de otra manera, ya porque el acto sea indivisible, ya por inercia o ausencia de los demás. Y en este último supuesto, estamos ante un caso de gestión de negocios sin mandato (art. 1.888 y ss.).

El acto realizado sin aprobación de la mayoría, fuera de estos supuestos es inválido, según entiende una autorizada opinión (61).

Por tanto, el ejercicio de acciones por el condómino (un acto de administración), es algo puramente excepcional, cuya admisibilidad, que la doctrina ciñe a la defensa judicial del derecho de copropiedad a través de las llamadas "acciones petitorias" (reivindicatoriā, confesoriā, negatoriā) (62), deriva de la observación de que en ocasiones el condómino obra, aun sin encargo expreso o tácito, en nombre de la comunidad. Así, el ejercicio de una servidumbre por uno de los partícipes impide la extensión por no uso para todos. De ahí se concluyó, analizando estos supuestos, que hay que admitir excepcionalmente una representación de la comunidad por el condómino en todos los casos en que el acto de administración fuese absoluta-

(61) BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La Comunidad de bienes en derecho español*. Madrid, 1954, págs. 309 y 310. En el mismo sentido, RAMPONI, C., *Della commu-nione di proprietà e comproprietà*. Nápoles-Turín, 1922, pág. 941; BARASSI, *Proprietà e Comproprietà*, Milán, 1951, 395 y 398; SALIS, L., *La Comunione*, en «Trattato di diritto civile italiano», dirigido por F. VASSALLI, Turín, 1939, número 75, pág. 143; vide, BRANCA, G., *Comunione, Condominio negli edifici*, en «Commentario del Codice Civile» a cura di SCIALOJA e BRANCA, libro terzo, *Della Proprietà* (arts. 1.100-1.139), 4.^a ed., Bolonia-Roma, 1965, pág. 160.

(62) BELTRÁN DE HEREDIA, J., op. cit., 276 a 279.

mente indivisible. En tales casos, se entiende que tratándose de una materia indivisible, el comunero no puede gozar de su derecho sin ejercitarse al propio tiempo el de los demás.

Esta primera posibilidad de ejercicio de acciones por el condómino (respecto de actos de contenido indivisible) deriva del artículo 394 del Código civil: el uso y goce se verifican "in solidum" y no "pro parte". Pero hay que entenderla limitada a los casos expresos en que por Ley el acto sea de contenido indivisible. V. gr., respecto de las servidumbres (art. 535 Código civil) o de la prescripción —usucapión— según el artículo 1.933 Código civil.

Otra posibilidad de ejercicio de acciones por el condómino, se deduce del artículo 395 del Código civil: Si todo copropietario tiene derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa común, es lógico que los actos de conservación se consideren cumplidos por todos los condóminos, es decir, por la colectividad (63).

Finalmente, como ya hemos apuntado, cabe el ejercicio de actos de administración por los condóminos en cuanto actos ejercitados como gestión de negocios sin mandato (art. 1.888 y ss. CC.) figura que es admisible en la copropiedad aunque, al propio tiempo, el condómino actuante gestione un negocio propio (64).

Fuera de estos casos, estaremos en el campo del litisconsorcio necesario: la decisión judicial interesará a todos y deberá pronunciarse frente a todos.

Cierto es, sin embargo, que nuestra Jurisprudencia ha venido admitiendo en materia de comunidad de bienes que cualquiera de los condueños puede ejercitarse las acciones que competen a la comunidad, siempre que actúe en beneficio de la cosa común. El Tribunal Supremo ha establecido que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, para ejercitártolos o para defenderlos y la sentencia dictada en su favor beneficiará a sus compañeros sin que les perjudique la dictada en contra (65).

Pero esta doctrina debe ser relacionada con el precepto del artículo 1.252 Código civil, (párrafo 3.º) que extiende los efectos de la cosa juzgada a los litigantes del segundo pleito "unidos por el

(63) Cfr., BRANCA, *Comunione*, cit., 164; BARASI, *Proprietà e comproprietà*, cit., 826 y sigs., esp. 831.

(64) BRANCA, *Comunione*, cit., 166-67; RAMPONI, *Della comunione*, cit., númberos 483-86; BARASSI, *Proprietà*, cit., 393; SALIS, *Comunione*, cit., núm. 76; BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La Comunidad de bienes*, cit., 310.

(65) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., página 409, de quien tomo también la crítica a esta Jurisprudencia. El autor cita las S. T. S. de 8 de abril y 26 de marzo de 1955. Vide, recientemente, las de 29 de septiembre de 1967 (Iturriaga contra Guridi) y 17 de abril de 1968 (Echevarría contra Ugarte). El T. S. en la de 1967, cita las de 22 de noviembre de 1899, 8 de mayo de 1952 y 8 de abril de 1952 y dice que es «doctrina constante... que el copropietario puede ejercitarse por sí las acciones que benefician a la comunidad...»

vínculo que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlas u obligación de satisfacerlas", ya que si bien es cierto que el artículo citado, entendido en sentido literal, alude a la indivisibilidad como característica objetiva de la prestación, su recto sentido impone entenderlo aplicable a todas las hipótesis de obligación no solidaria ni fragmentada o parciaria. De donde deriva que la acción entablada por un cotitular produce efectos de cosa juzgada respecto de los restantes cotitulares, y ello con independencia de que la decisión haya sido favorable o perjudicial. Por ello parece más clara la idea de la legitimación colectiva o del grupo, o sea, como apuntábamos, el litisconsorcio necesario.

Por otra parte, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no es unánime.

Cabría citar la Sentencia de 3 de abril de 1961 (*Casamor contra Llaquet*), en la que el Tribunal Supremo sostiene (a nuestro juicio acertadamente) que la legitimación activa del comunero para promover un litigio en defensa de la cosa común y en nombre e interés de todos los copropietarios, no deriva automáticamente de su derecho (66).

(66) En el caso, la demandante era propietaria del 14,58 por 100 y usufructuaria del 27,08 por 100 de un edificio. Promovió el litigio para la resolución del contrato de arrendamiento de un local de negocios sito en la planta baja de la casa, que había sido convenido por el administrador de la comunidad con el demandado. La causa de resolución era el traspaso inconsentido, por haber establecido el demandado en dicho local un negocio que primero giró a nombre de una sociedad en comandita, más tarde fue sociedad regular colectiva, y finalmente de titularidad individual. El demandado opuso la excepción de falta de legitimación activa.

El juez de 1.^a Instancia desestimó la demanda. La audiencia estimó la excepción dilatoria propuesta. Se recurrió en Injusticia Notoria, alegando, entre otras razones, el siguiente motivo:

«Interpretación errónea del art. 398 C. C. Todo condeño está facultado para ejercitar la acción de deshacido, la cual se presume que obra en interés de la comunidad y no es necesario que se manifieste expresamente que se acciona su nombre y en interés de la comunidad. El comunero obra en interés de la comunidad mientras no se demuestre lo contrario...».

El T. S. declara no haber lugar al recurso

«Si la relación jurídica procesal constituida a instancia de una persona individual con capacidad para, de ella, ser sujeto, es válida y despliega sus efectos plenos hasta el de investir a la sentencia que la pone término, de licitud, exenta del defecto de falta de personalidad de aquel actor unipersonal o del de falta de legitimación «ad processum», no es menos cierto, que quien, en cualquier proceso legalmente constituido, pretenda, en propio nombre la protección para sí de un derecho que para sí no lo confiere el objetivo sustantivo porque su titularidad pertenece a una colectividad, como en el caso enjuiciado acontece, en el cual una comunidad es la única arrendadora en virtud del contrato en debate y, por ende, la única titular de los derechos que de dicha convención emanen y, entre ellos, del de pedir que se le restituya la tenencia de la cosa que sólo ella entregó, carece como individuo de la acción exclusiva de una entidad colectiva, le falta legitimación activa «ad causam» y se halla desprovista del derecho que legalice su pretensión lícitamente nacida de la relación jurídica sustantiva sometida a decisión, sin que debilite tal conclusión la circunstancia de que, por su titular pluripersonal pueda actuar, en calidad de representante legal, una cual-

Esta sentencia traslada acertadamente el problema del ejercicio de acciones por los condóminos al terreno de la representación. La actuación del condómino por sí sólo no puede defenderse, en efecto, como uso o goce del derecho (art. 394 Código civil) porque el ejercicio de una acción no es uso o goce, sino administración (67), aparte de que el artículo 394 es una norma que se refiere exclusivamente a las relaciones entre los condóminos y no con los terceros.

Tampoco puede defenderse este poder del copropietario en base al artículo 398 Código civil, porque esta norma sólo legitima a cada condómino para la coparticipación en la administración, no para decidir por sí solo la administración.

El poder de representación sólo puede ser conferido por la ley o por el interesado. La ley lo atribuye en los tres casos que hemos expuesto. Los interesados pueden atribuirlo a través de mandato, pero de un mandato (expreso o tácito, como veremos) real y no presunto. Admitir un mandato presunto sería una petición de principio, porque la existencia de un mandato es lo que se trataba de demostrar (68).

B. Los principios de la representación en nuestro derecho

Dentro de los límites de este trabajo, en el que obviamente no podemos entrar a fondo en el mar de los problemas de la teoría de la representación, bastará con sentar unas líneas fundamentales que nos permitan afrontar la caracterización jurídica de la "representación" del Presidente.

Ante todo, hemos de tener en cuenta que la representación se basa en la idea de gestión de asuntos ajenos y que el negocio representativo no es, en último análisis, sino un negocio que tiene eficacia directa para una persona distinta de la que lo ha realizado (69) y estos dos caracteres se presentan claramente, en el supuesto del Presidente de la Propiedad Horizontal, como se presentaban

quiera de sus miembros unipersonales, es decir, uno de los comuneros, pues llano es que la comunidad representada, como todo poderdante, no puede frente a terceros quedar vinculada y, secundariamente, no puede adquirir más derechos ni asumir más obligaciones que los generados por los actos que, concluidos por su apoderado legítimo, éste, al celebrarlos, declaró explícitamente a los extraños que los celebró en nombre y por cuenta de su representada, requisito esencial cuya omisión en cuanto actuación en nombre propio, aunque por cuenta ajena, niega la representación y reduce a la de mandato sin poder o representación la relación interna entre mandante y mandatario que obliga a éste a transferir a aquél, por un acto distinto, lo adquirido por el último en su propio nombre y sin representación...»

(67) Administración ordinaria o extraordinaria. Vide BRANCA, *Comunione*, cit., 164.

(68) Cfr. BRANCA, op. cit., 164.

(69) DÍEZ-PICAZO, *El concepto jurídico de representación en el Derecho Privado*, en «*Anales de la Academia Matritense del Notariado*», XVI (1968), 133 y sig., 149 y 175.

claramente en los tres supuestos examinados en materia de ejercicio de acciones por los condóminos en la copropiedad (70).

La doctrina que se ha llamado "clásica", y que aún hoy es "communis opinio" exige en la actuación representativa dos requisitos: actuar en nombre del representado y que los efectos se produzcan de modo directo en la esfera jurídica del representado. A su vez, esta eficacia directa presupone un previo poder del representante o una posterior ratificación por parte del representado. El poder se concede a través del negocio jurídico de apoderamiento (negocio unilateral, abstracto e independiente de la relación jurídica de apoderamiento) (71).

Recientemente, sin embargo, se han acentuado las críticas a esta opinión generalizada, especialmente centradas en la imposibilidad de independizar el negocio de apoderamiento (concesión del poder) de la relación de gestión, y poniendo de relieve que el negocio de apoderamiento no es abstracto (72), sino que está íntimamente ligado a una relación jurídica de cooperación (de gestión) de asuntos ajenos, cuyas vicisitudes sigue.

La relación típica de gestión es, por otra parte, el mandato en cuya sede se contiene, como es sabido, la regulación general de la representación en nuestro derecho.

De ahí que se haya podido decir, agudamente (73), que aunque el

(70) Como un caso de representación enfocan el caso del administrador del condominio en Italia, entre otros autores, BRANCA, *Comunione*, cit., 47 y sig. PUGLIATTI *Studi sulla rappresentanza*, Milán, 1965, pág. 504.

(71) Para una exposición de la teoría generalmente aceptada, puede verse: DÍEZ-PICAZO, *El concepto y representación*, cit., 142 a 144; ALBALADEJO, *Derecho Civil. I. Introducción y Parte General*, Barcelona, 1970, 607 y sig., esp. 612; SANTORO-PASSARELLI, *Doctrine generali del Diritto Civile*, 9.^a ed., Nápoles, 1966, págs. 273 y sigs., 282; MOSCO, *La representación voluntaria*, Barcelona, 1963, 81 y sig. La distinción entre relación de gestión y apoderamiento, enunciada ya por LABAND (Zeitschrift für Mandelsrecht), X, 1866, págs. 183-241 y su crítica, puede verse en DÍEZ-PICAZO, idem, 151 y 152, así como en las notas de CERRILLO a la citada obra de MOSCO, pág. 84 y sig. y 165, también en PUGLIATTI (con abundantes referencias) en los *Studi*, cit., pág. 60, nota 22. Para la crítica, páginas 67 y sigs., esp. 71 y 72.

(72) Así, DÍEZ-PICAZO (ult. op. cit., 151 y 152) demuestra que el negocio de apoderamiento es causal entre poderdante y apoderado y que, en las relaciones con terceros, más que una abstracción del negocio de concesión del poder hay un efecto reflejo de la protección del tercero de buena fe. PUGLIATTI (*Studi*, cit., 529) defiende que el apoderamiento constituye una modalidad de las relaciones contractuales que tienen por objeto una actividad de cooperación para la realización de intereses ajenos. Todo lo más la concesión del poder será una cláusula de tales contratos, cuando no un elemento natural de ellos.

(73) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en la «Revista Internacional del Notariado» (lo recoge, de acuerdo, DÍEZ-PICAZO, ult. op. cit., 152) profundizando en la fórmula del art. 1.697 C. c. No es ajeno a esta idea, PUGLIATTI (*Studi*, cit., 72), para quien, en cierto sentido, la declaración de apoderamiento dirigida al tercero, que la acepta y ratifica, más que una simple relación de «negotiorum gestio», crea un auténtico mandato: *ratihabito mandato comparatur*.

La distinción de LABAND entre mandato y poder debe ser mantenida. Hay, en efecto, mandatos sin poder y poderes sin mandato, pero el poder siempre vive

poder de la representación tenga su causa en una relación jurídica especial de la concesión del poder, hace aplicable a esta relación las normas del mandato.

De ahí también que un sector doctrinal entienda que la relación entre el Presidente y los propietarios, en la Propiedad Horizontal, no es sino un mandato (74). Esta proposición, como veremos, es aceptable en los exactos términos en que la recogemos: sin prejuzgar la verdadera naturaleza, acaso sea necesario aplicar las normas sobre el mandato.

La tesis del mandato representativo como explicación de la posición del Presidente encuentra algunas dificultades que responden a otras tantas características de esta representación.

16. CARACTERES DE LA REPRESENTACION DEL PRESIDENTE

A. *La obligatoriedad del nombramiento.*

No cabe duda de que el presidente debe ser nombrado (75). El acto de nombramiento o proposición es un acto debido, aunque no constituye el contenido de una obligación de hacer (76). Se trata, más bien, de un acto jurídico (al menos si admitimos que la distinción se basa en la voluntariedad de los efectos) en cumplimiento de un deber legal, que no es una obligación en sentido técnico.

Por otra parte, es un cargo en cierto sentido irrenunciable, puesto que, aún cuando se considere que es necesaria la aceptación del nombramiento (77), el único expediente que permite el indefectible cumplimiento de la norma, cuando nadie acepta, es el recurso al juez, que nombrará a uno de los propietarios, el cual no podrá ex-

en relaciones de gestión arrendamiento de servicios, contrato de trabajo, sociedad). Lo que ocurre es que el mandato es la relación de gestión típica y la fuente normal de la representación.

(74) Así, como «mandato general y representativo», MONET, *Problemas de Técnica Notarial*, cit., 314; FUENTES LOJO, *Suma*, cit., I, 756. También SALIS *Condom. negli edifici*, cit., núm. 93. Para VISCO, *La case in condominio*, 7.^a ed., Milán, 1967, 238 se trata de un «mandato para administrar».

(75) Así lo reconocen todos los autores y así se desprende claramente del art. 12, 1.^º LHP, que es una norma imperativa. Puede verse esta afirmación, por todos, en FUENTES LOJO, *Suma*, cit., 756, de acuerdo con PERE RALUY y con FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal*, cit., 601.

(76) No reúne sus caracteres técnicos: no hay un acreedor ni se produce la sanción típica en caso de incumplimiento. Vide BRANCA, *Comunione*, cit., 477. Este autor pone de relieve que la obligatoriedad del nombramiento del administrador es extraña a la sociedad regular colectiva. Desde luego lo es a la sociedad civil, en nuestro derecho, que prevé un régimen supletorio (art. 1.695) para el caso de que no se hayan nombrado representantes.

(77) ZANON MASDEU, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 480.

cusarse (78). Además, lo cierto es que el artículo 12 prescinde por completo de la aceptación del nombrado, lo que no podría ocurrir si estuviéramos en el terreno del mandato.

Al mismo resultado habríamos de llegar considerando la duración del cargo: 1 año, prorrogable tácitamente por otro período igual. El contrato de mandato se extinguiría ipso iure al cumplimiento del plazo (79).

Cabría, si acaso, acudir al expediente de la relación de mandato forzoso impuesto por un imperativo legal, es decir, a la constitución por ley de una relación jurídica de mandato, recogiendo la tesis sobre los contratos forzados, expuesta por una autorizada doctrina (80).

Pero creemos que el recurso a esta figura no es necesario, aparte de que el deber (obligación en sentido amplio) de estipular un contrato de mandato es difícilmente concebible en abstracto, porque la estabilidad del cargo y la presencia de los intereses del grupo, son elementos que hacen pensar una gestión no subsumible enteramente en la figura del mandato.

B. La separación de funciones entre el administrador y el Presidente.

En la LPH, como sabemos, la figura del Presidente, cuando no es al propio tiempo administrador, secretario o ambas cosas, parece centrada en la relación con terceras personas.

En otras palabras, se trata de un cargo abocado al exterior, a la pura actividad representativa, sin un contenido de gestión determinado. Esta característica ha hecho pensar a algún autor (81) que se trata de un "mero representante", es decir, del titular de un poder, desconectado o casi desconectado, de una actividad de administración.

De acuerdo con la opinión más generalizada sobre la distinción entre mandato (relación de gestión) y poder (representación) se po-

(78) VENTURA-TRAVESET, *Derecho de Propiedad Horizontal*, cit., 241.

De acuerdo FUENTES LOJO, *Suma*, cit., 1.758. En contra, MONET, *Problemas de Técnica Notarial*, cit., 315.

(79) Aunque el 1.732 no cite el cumplimiento del término o plazo, MANRESA (*Comentarios al C. c. español*, tomo XI, Madrid, 1905, págs. 544 y 545) cree que la enumeración del 1.732 no es limitativa, sino simplemente enunciativa de las formas especiales y privativas para terminar el mandato, cuya extinción está también sometida a las causas generales.

Aceptan el sentido del texto, por todos, CASTÁN, *Derecho Civil Español, común y formal*. Tomo IV, 9.^a ed. (reimpresión). Madrid, 1969, pág. 502; PUIG BRUTAU, *Fundamento de Derecho Civil*, II, 2.^º Barcelona, 1956, pág. 375.

Vide, una vez más, BRANCA, *Comunione*, cit., 478.

(80) DÍEZ-PICAZO, *Los llamados contratos forzados*, en «Anuario de Derecho Civil», IX-1 (1956), págs. 85 y sigs., especialmente pág. 116 sobre la «excepcionabilidad de la imposición» y el art. 1.091 C. c.

(81) ZANON-MASDEU, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 482 y 483.

dría pensar que el Presidente es titular de un poder que le ha sido conferido a través de un negocio de apoderamiento. El acto de nombramiento sería así el negocio de concesión del poder, (independiente, unilateral, abstracto).

Ahora bien, aún siendo cierto el dato de la separación de las funciones de administrador y del Presidente, y el carácter interno de competencia del administrador, contra el carácter fundamentalmente volcado al exterior de la actuación del Presidente, hay que notar que el Presidente es un colaborador, un gestor de la colectividad (o si se quiere de los condóminos), con una competencia también hacia el interior, que además puede venir aumentada por los estatutos. Pensemos, por ejemplo, que al Presidente corresponde recibir las notificaciones de los propietarios previstas en el artículo 7.^º, pf. 1.^º; convocar y presidir las Juntas (art. 15), etc.

Por otra parte, cualquiera que resulte ser el concepto de representación del artículo 12, 1.^º LPH, no puede estar lejano de la idea de gestión o colaboración. Así, cuando se piensa en el ejercicio de determinadas acciones, o "Representación en juicio", que, es, precisamente, uno de los tipos más claros de gestión de asuntos.

Finalmente, que el acto de nombramiento tenga un contenido negocial ya lo hemos descartado, y subsisten respecto de esta cuestión las mismas dificultades que para admitir que sea un mandato, agravadas por el hecho de que el negocio de apoderamiento (preparatorio, unilateral, abstracto, etc.) por sí mismo no obliga a nada (82), mientras que el cargo de Presidente tiene un contenido obligatorio innegable.

C. La fuente de esta representación: La representación del Presidente como representación legal.

Es evidente, que la representación que ostenta el Presidente emana directamente de la ley y no deriva de un negocio jurídico (entre representante y representado) celebrado por libre elección, enteramente facultativa, por el destinatario del interés que la relación representativa deberá realizar.

Sin embargo, no parece viable incluir la representación de que hablamos dentro de la categoría (por tantas razones imprecisa) de la "representación legal", por más que algunos de sus caracteres le pudieran convenir.

En efecto, la representación que estudiamos y la "representación legal" coinciden en algunos puntos, como los siguientes:

1) El Presidente, como en general, los representantes legales, no pueden cumplir sus deberes actuando en nombre propio, sino

(82) En este sentido ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., 612.

SANTORO - PASARELLI, *Dottrine Generali*, cit., 281, 282. «El poder». Se entiende precisamente como «potestad de hacer». Vide, DÍEZ-PICAZO, *El concepto jurídico de representación*, cit., 144 y PUGLIATTI, *Studi*, cit., 61 y sig.

que debe actuar necesariamente en calidad de representante, ya que no es posible la adquisición en nombre propio y la sucesiva transferencia al representado. La actuación del representante pone en ambos casos en relación directa al representante con el tercero, de tal forma que bien se puede decir que la representación es un requisito esencial de la misma relación de gestión (83).

2) Asimismo, tanto en el supuesto del artículo 12 de la LPH, cuanto en los que la doctrina generalmente califica como de representación legal, la actuación representativa no se agota en sí misma y es, por contra, un momento de otra institución en cuyo seno vive.

El representante legal suele ser configurado como titular de un oficio de derecho privado, caracterizado por la estabilidad o permanencia. Figura, por otra parte, no bien delimitada por la doctrina, como se ha señalado (84).

Otras características de la categoría no son, empero, aplicables al supuesto del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal. Entre ellas:

1) El defecto de capacidad en el interesado que, generalmente, se da en la representación legal (85). A menos que veamos como esta característica de la representación legal una imposibilidad jurídica de actuación del representado, que se daría también en el caso de las personas jurídicas, que sólo a través de sus órganos pueden actuar. Con una diferencia fundamental, sin embargo, que señalar: en la representación legal típica la imposibilidad de actuación del representado traslada la autoría total del negocio al representante, mientras en los supuestos de actuación de los órganos de las personas jurídicas el negocio se atribuye a la propia persona jurídica.

En el supuesto del artículo 12 de la LPH, además, la imposibilidad de actuar del representado (de haberla), o sería pareja a la de las personas jurídicas (es decir, no basada en la incapacidad strictu sensu), o sería creada precisamente por la ley.

(83) PUGLIATTI, *Studi*, cit., 88 y 89. La representación legal no es facultativa en cuanto a su ejercicio, porque no caben los efectos indirectos. Cuando no se actúa en nombre del dominus no se ejerce representación en ningún sentido.

(84) Vide, PUGLIATTI, Op. cit., 341; DÍEZ-PICAZO, *El concepto de representación*, cit., 161; NEPPI, *La rappresentanza*, cit., 84-86; MOSCO, *La representación*, cit., 22.

(85) Así lo ve ZANON MASDEU, op. cit., 481, vide; MOSCO, *La representación*, cit., 20; DÍEZ-PICAZO, últ. op. cit., 158. Lo niega PUGLIATTI, op. cit., 239-240, presentando algunos casos de representación legal de personas capaces; como en la obligación solidaria, la gestión de negocios sin mandato, etc. Aquí, sin embargo, el término «representación legal» se utiliza en un sentido mucho más amplio. También admite la representación legal de personas capaces NEPPI, V., *La rappresentanza del diritto privato moderno*, Pádua, 1930, pág. 265. Lo que ocurre es probablemente, que la representación legal de personas capaces es una figura distinta de la representación legal de personas imposibilitadas jurídicamente para ejercitarse sus derechos.

2) En la representación legal, según se ha puesto de relieve desde diversos puntos de vista (86), la norma no tiene en cuenta la manifestación de voluntad del interesado y el acto del representante legal es, visto desde la perspectiva del (interesado) representado, un precepto que no dimana de su autonomía privada, esto es, una regla heterónoma que disciplina su interés. Hay, como se ha dicho, más que una concesión de legitimación, un poder de configuración de la esfera jurídica ajena (87).

Según entiende la doctrina (88), el Presidente está sometido a la Junta en su actuación. Además, cabe un control de su gestión, aunque no esté previsto un recurso específico para una impugnación de lo actuado. Así, como hemos visto, además de la posibilidad de reclamación, prevista en el artículo 13, párrafo 1.^º, cabe, sobre todo, la remoción. Obsérvese, no obstante, que este poder de control de la gestión, impensable en la representación legal de incapaces, está en manos de la colectividad, en último término, y no se ejerce ni individualmente ni por el sistema de una unanimidad, esto es, no deriva de la voluntad de cada uno de los propietarios aisladamente.

La representación del Presidente no puede ser explicada acudiendo a la figura de la representación legal, a menos que entendamos por tal una amplia y borrosa categoría compuesta por muy diversas figuras cuyos únicos puntos de contacto fueran, de una parte, la presencia de una persona que gestiona los intereses de otra, de modo que la actuación produzca efectos en la esfera jurídica del interesado (lo que la situaría en el terreno de la representación) y, por otra parte, el origen, la fuente, que se encontraría directamente en la ley.

Ahora bien, acaso la especialidad de este tipo de representación se encuentre en el representado: si es cada copropietario, deberíamos estar ante un caso de representación legal, por más atípica que fuese. Pero, como veremos, los copropietarios actúan en este terreno corporativamente y componen, mal que bien, una colectividad organizada, a la que se refiere la actuación representativa del Presidente.

D. Presencia y sentido de la comunidad: El recurso a la llamada "representación orgánica".

Ciertamente, la naturaleza del acto de nombramiento y algunos otros elementos, como la perennidad y estabilidad del cargo, hacen pensar, como se ha señalado (89), en un acto interno de proposi-

(86) DÍEZ-PICAZO, últ. op. cit., 158; PUGLIATTI, *Studi*, cit., 327; MOSCO, op. cit., 20-21; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 270.

(87) DÍEZ-PICAZO, *Ibidem*, 159.

(88) ASÍ, ZANON MASDEU, op. cit., 482 y 483; FUENTES LOJO, *Suma*, cit., 759.

(89) BRANCA, *Comunione*, cit., 478.

ción semejante al nombramiento de los administradores en la Sociedad Anónima y, en general, a la designación de órganos de las personas jurídicas.

Se está en una línea muy certera cuando se señala que la representación conferida al Presidente se refiere a cada propietario en cuanto titular de un piso o local y mietras lo sea. Por ello hay que convenir con quienes han subrayado que esta representación se ejerce "sub specie communitatis" y presenta grandes concomitancias con la llamada representación orgánica (90).

Las dificultades de esta construcción son, sin embargo, muy notorias. La primera de ellas, que la comunidad de propietarios no es, en nuestro derecho, persona jurídica. La segunda, que la representación orgánica sea o no una verdadera representación (91).

El Tribunal Supremo se inclinó por esta solución, en la Sentencia de 19 de junio de 1965.

Según se lee en esta sentencia, el Presidente es un "órgano del ente comunitario". La tesis coincide con la defendida, muy autorizadamente por algún otro autor (92), que se basa en que la comunidad esté dotada de "personalidad colectiva" (no personalidad abstracta o unitaria), semejante a la de las "civitates", romanas, y a las asociaciones de hecho (o asociaciones no reconocidas). Sería una colectividad organizada, con capacidad menor que la de las personas jurídicas unitarias.

Característica de este tipo de colectividades sería que permiten un gran juego de la autonomía individual.

(90) DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO, *Modalidades en la constitución, etc.*, cit., 235-236.

(91) Que los órganos de las personas jurídicas son verdaderos representantes es la tesis de FERRARA, F., *Teoria delle persone giuridiche*, 2.^a ed., Nápoles-Turín, 1923, núm. 93, págs. 623 y sigs.; de COMBA, M., *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi*. Torino, 1931; de SCHLOSSMAN, *Organ und Stellvertreter*, en «Jherings Jahrbücher», 1902, págs. 300 y sigs., de PUGLIATTI, *Studi*, cit., 177 y sigs., 388, etc.

En contra, v. gr., ALBALADEJO, *Derecho Civil*, cit., 612 y 613, para quien la actuación de la persona física órgano es directamente imputable a la persona jurídica; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine Generali*, cit., 273. No hay desdoblamiento entre la actividad jurídica imputable al agente y los efectos de la misma, imputados al interesado.

También NEPPI, V., *La rappresentanza*. Milán, 1961, págs. 90 a 93; CASTÁN (Derecho civil, español, común y foral. T. I, vol. 2.^o, 9.^a ed., Madrid, 1956, págs. 333 y 334). Se inclina por la negativa (cuando se trate de órganos estables) pero admite que las personas jurídicas puedan actuar por representantes ocasionales y quita importancia a la cuestión, centrándola en los poderes suficientes del órgano o representante.

(92) BRANCA, *Comunione*, cit., 7 y sigs., ver también págs. 477 y 478, 510 y sigs. Entre nosotros, FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, op. cit., págs. 601 y 627. Contra, v. gr., DE LA CÁMARA-GARRIDO-SOTO creen que la expresión del T. S. debe ser entendida «metafóricamente», porque «no hay un ente comunitario», *Modalidades*, etc., cit., 236. Ver las críticas a esta sentencia, recogidas en la nota 53. Lo rechaza de plano MONET, *Problemas de Técnica Notarial*, cit., 312 y 313 negando que la «comunidad» tenga existencia jurídica.

El texto legal, hablaría así de “representación”, refiriéndose a la “representación orgánica” y el Presidente actuaría, sin voluntad propia, como voluntad del ente condominio, dentro del ámbito de su competencia. Pero no excluiría que, en los mismos casos en que puede y debe actuar (especialmente en juicio) el Presidente, pueda también actuar por sí cada condómino. Al ser la personalidad del ente colectiva y no unitaria, el miembro del grupo no pierde totalmente su autonomía, y tiene un derecho de naturaleza real sobre las partes comunes. De ahí que en nombre de este derecho, y de modo autónomo, pueda ejercitar acciones y pedir providencias judiciales. Con mayor motivo, por tanto, lo podrían hacer todos los condóminos (93).

Esta explicación se adapta bastante bien a las sentencias examinadas (salvo, si acaso, a la de 11 de diciembre de 1965) y permitiría aclarar algo que parece lógico: que el artículo 12 no impide la actuación de los condóminos. El texto legal debería, en tal caso, leerse como “podrá representar”, es decir, en el sentido de que el Presidente está legitimado naturalmente, por razón del cargo, pero sin excluir la legitimación de los condóminos.

Sólo que, aparte de la dificultad de concebir la comunidad como un “ente”, la exposición de motivos dice que la representación conferida al Presidente se refiere “a todos los titulares”, e incluso la fórmula legal indica una cierta “necesidad” en la representación del Presidente, por más que ceñida a los asuntos “que afecten a la comunidad”, como ha puesto de relieve la citada sentencia de 11 de diciembre de 1965.

Gran parte de la doctrina cree que los representados son los titulares de los pisos (94), siguiendo el criterio de la exposición de motivos. La ley dice, en cambio, que representará a “la comunidad en los asuntos que le afecten”.

Por tanto, partiendo del texto del artículo 12, que es el que debe prevalecer en caso de disparidad, tendríamos que ver lo que

(93) Además de BRANCA (*Comunione*, cit., 515) lo creen así: VISCO, *Le case in condominio*, cit., núm. 384 y SALIS, *Condominio negli edifici*, cit., núm. 95, aunque con distinta fundamentación.

De acuerdo, entre nosotros, ESCRIVÁ DE ROMANÍ (*Lo imperativo y lo dispositivo*, cit., 1254) quien analizando la Sentencia de 18 de abril de 1966, dice que la resolución jurisprudencial, está plenamente justificada si se tiene en cuenta que se refiere a litigios comprendidos en su propio nombre por los demandantes (y no en nombre de la comunidad), contra terceras personas.

(94) Así, por todos, MONET, op. cit., 312 y 313, dice que representa a la comunidad, pero, en su concepto, «comunidad» no es más que un modus dicendi, ya que son los propietarios mismos «sin más interpolación ni alteridad». Para ZANON (op. cit., 481), se trata de una representación legal «de todos y cada uno de los condueños». Otros autores indican la presencia de la *comunidad*, pero sin analizar en profundidad lo que esta afirmación pudiera significar. V. gr., FUENTES LOJO, *Suma*, cit., I, 756. Como hemos dicho, DE LA CÁMARA-GARRIDO y SOTO (op. cit., 235-236) apuntan que si bien la exposición de motivos refiere la representación a todos los titulares, ésta se ejerce «sub specie communitatis» respecto de cada titular, en cuanto lo es y mientras lo sea.

significa esta “comunidad” que, para gran parte de la doctrina, no es más que una fórmula verbal sin ninguna trascendencia sustantiva.

Esta opinión, como hemos defendido en otro lugar (95), desconoce el sentido de algunos preceptos de la LPH e, incluso, la especial naturaleza de las relaciones internas entre los propietarios de pisos en la situación de Propiedad Horizontal.

En efecto, si la comunidad no significa nada, la obligación de contribuir a los gastos generales (art. 9.^º, regla 5.^a, párrafo 2.^º Ley de Propiedad Horizontal), sólo podrá ser entendida como una obligación respecto de cada uno de los propietarios de los restantes pisos o locales. Una obligación que daría lugar a un crédito parcial (arts. 1.137 y 1.138 CC.) garantizado con una especial “afeción” del piso o local, y que la citada norma concibe como un “crédito a favor de la comunidad de propietarios”. Si por el contrario, como creemos más lógico, se trata de un crédito conjunto o en mano común es porque estamos en presencia de una colectividad organizada (ya que la prestación es divisible, y por tanto no puede destruir la presunción *iuris tantum* del art. 1.138). De otra suerte, aplicando la regulación del artículo 1.138 Código civil, la obligación de contribuir a los gastos se resolvería en tantos créditos cuantos fueran los propietarios de pisos, que funcionarían con independencia, pudiendo cada acreedor exigir independientemente su parte. La legitimación de cada uno de los propietarios no se aviene ni con el especial origen del crédito (gastos generales del inmueble, servicios, tributos y cargos no susceptibles de individualización) ni, desde luego, con el artículo 12, 1.^º de la ley, que quedaría vacío de contenido.

Por otra parte, como hemos visto, en el supuesto de la Sentencia de 6 de junio de 1968 hay un caso de obligación mancomunada o consorcial, cuyo titular pasivo, frente a los terceros, es la comunidad, en congruencia con el propio artículo 9.^º, regla 5.^a (“cargas y responsabilidades no susceptibles de individualización”, que se distribuyen en un segundo momento entre los propietarios de pisos o locales en razón de su cuota). Para el tercero, demandante que no puede reclamar el pago a uno de los propietarios (porque no hay solidaridad), su deudor es la comunidad, representada en juicio por el Presidente.

Pero hay más, el artículo 9.^º, regla 3.^a obliga al propietario del piso a “permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general”. Tales servidumbres, como se ha destacado por la doctrina (96), se han de

(95) En la presencia sobre «Naturaleza y contenido de la Propiedad Horizontal», dirigida por DÍEZ-PICAZO, para el Simposio sobre Propiedad Horizontal organizado por las Cámaras de la Propiedad Urbana de Levante.

(96) Por todos, FUENTES LOJO, *Línea*, cit., I, 488; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, op. cit., 384.

producir por la utilidad de la finca en conjunto y no en beneficio de otro u otros pisos o locales privativos. Se establecen por acuerdo de 4/5 partes de propietarios, imponiéndose, una vez más, el interés colectivo al individual.

Ahora bien, salvo que la expresión del texto legal sea puramente metafórica hay que pensar que los elementos y servicios comunes se constituyen en "predio dominante", y sobre todo, en una distinta titularidad de ambos predios, pues *nemini res sua servit (iure servitutis)*". En tal caso, el titular del predio dominante o, si se prefiere, el titular de las servidumbres, no puede ser sino la comunidad.

La comunidad de propietarios es, así, titular de determinados créditos, de ciertas obligaciones y de algunos derechos reales. Además, el recto entendimiento de otros preceptos nos han de llevar a la conclusión de que es titular, en último término, del edificio en su conjunto.

En efecto, no solamente los elementos y servicios comunes son objeto de administración y goce en común (arts. 5, 3.^a; 6.^º; 7.^º, 2 y art. 18, especialmente reglas 1.^a y 3.^a), ejercitadas a través del Presidente y del administrador (o del Presidente-Administrador), sino que incluso respecto de las partes privativas hay un auténtico poder de control del uso y destino que a ellas imprima el propietario. Así se desprende de los artículos 7.^º, párrafo 3.^º y 19 de la ley, y lo ha reconocido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (97).

La comunidad de propietarios es, por tanto, en la Propiedad Horizontal, una colectividad organizada cercana (si no equivalente) a las asociaciones sin personalidad o a otros grupos dotados de cierta coherencia por el ordeanamiento jurídico, que, por carecer de per-

(97) Por ejemplo, en la Sentencia Presidente de la comunidad de la finca número 3 de la calle Gutiérrez Solana, de Madrid, contra Zabala y Blázquez, 14 de junio 1968, en la que claramente se sostiene la obligatoriedad de las reglas estatutarias, que prohíben un determinado uso o destino del piso, aunque este uso no sea, por sí, ni inmoral, ni peligroso, ni incómodo, ni insalubre. El T. S. decretó la viabilidad de la petición de la comunidad instando el lanzamiento del inquilino. Es obvio que el poder de control de la comunidad sólo se puede ejercitar a través de los órganos de la comunidad. No tendría sentido aquí la legitimación individual de los condóminos.

La Sentencia tiene precedente, entre otras, en la de 26 de noviembre de 1956 (comunidad de propietarios de la finca núm. 7 de la calle Eduardo Dato de Madrid C. Campuzano Cacho). En ambos casos había una regla estatutaria que fijaba el caso o destino del local.

En las Sentencias de 18 de mayo de 1960 (*Anta y Vilariño contra Anta y Bermello*) y 3 de diciembre de 1966 (comunidad de propietarios de la finca número 30 del Paseo de Rosales de Madrid contra Caja de Ahorros del Sureste de España) el T. S. no admitió el control de la comunidad. La primera de ellas (anterior a la Ley vigente) se basaba en la prioridad de los derechos privativos y razonaba la inaplicabilidad del art. 397, C. c. a la Propiedad Horizontal «cuando pugne con la especial naturaleza de ésta». La de 3 de diciembre de 1966 no consideró legítima la oposición de la comunidad al uso que el propietario quería dar al local porque no había regla estatutaria que lo prohibiese y no se había probado que la actividad a desarrollar fuese incómoda o insalubre.

sonalidad jurídica abstracta o unitaria, suelen muchas veces ser designados como asociaciones "de hecho" o fórmulas definitorias semejantes. No es una metáfora ni un dislate hablar del "ente conunitario", ya que la comunidad es, por una parte, el componente definidor de la Propiedad Horizontal, aquello que le confiere la "especialidad" y por otra, el expediente a través del cual se organiza la administración y el goce del edificio. Lo que al lado de la titularidad dominical del piso o local, define la propiedad de pisos o apartamentos en este régimen es la cualidad de miembro de un grupo, que es inseparable de la propiedad (artículo 3.º, último párrafo) y que en algunos supuestos (art. 21, regla 1.ª) condensa en sí misma todo derecho de que es titular cada comunero.

Aplicando estas ideas al problema de la representación que el artículo 12 confiere al Presidente, podremos concluir que estamos ante un caso semejante a lo que se ha llamado "representación orgánica" y si para ello es necesario recurrir al concepto de persona jurídica, podemos indicar que una cierta capacidad, limitada (como hemos visto) ha sido atribuida por la ley a la comunidad, al menos en la medida en que puede definirse la capacidad como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Por lo demás, las especialidades de esta "representación orgánica" son perfectamente explicables desde la perspectiva de esta especial naturaleza, que algún autor ha definido como "personalidad colectiva". Así podemos dar respuesta a uno de los interrogantes que anteriormente hemos formulado: quién es el representado. Podemos decir, que el representado es la comunidad, como se lee en el texto legal. Y claro está que, en último análisis, los comuneros, como en la sociedad civil, por ejemplo, se representa a la sociedad y, en último término, a los socios.

Que después la representación orgánica sea o no una verdadera representación, aparte de las sólidas opiniones que avalan una respuesta afirmativa, es una cuestión que tiene solamente una importancia relativa. La idea de gestión o colaboración, según hemos visto, envuelve ambas figuras y el problema central de la distinción sería el ámbito de actuación del órgano o representante, es decir, la extensión del poder para obligar al representado. El alcance de este poder se deducirá, ante todo, del negocio de que derive o de la norma legal que lo confiera y parece que, en nuestro sistema, se debe concluir que sea cual fuere la relación de gestión en que se apoya, la concesión del poder hace aplicables a esta relación las normas del mandato, que es la relación de gestión típica (98). Aunque estas normas sólo se podrán aplicar en lo que no contradigan los principios de la Ley de Propiedad Horizontal, en nuestro caso.

(98) Remitimos a lo expuesto en la nota 41. Vid también: DÍEZ-PICAZO, *El concepto de representación*, cit., 152 y BRANCA, op. cit., 510.

17. ALCANCE Y CONTENIDO DE LA REPRESENTACION DEL PRESIDENTE

A. *Ambito de la representación.*

El artículo 12 de la Ley establece que el Presidente representará a la comunidad "en los asuntos que la afecten". La fórmula general dice poco, y habrá que determinar cuales son estos asuntos que afectan a la comunidad.

No cabe aplicar, sin más, dada la imprecisión legal, las disposiciones referentes al mandato general (99) que no tienen sentido frente a una normativa especial de la que se puede deducir con bastante exactitud la esfera de competencia del Presidente.

En la doctrina se ha sugerido como criterio básico la atención a los asuntos relacionados con las cosas y los servicios comunes (100). Tampoco esta fórmula resuelve la cuestión, por más que se deba aceptar que la competencia del Presidente incluya estos asuntos.

En realidad, para obtener un criterio seguro hemos de partir de la idea de gestión y de la administración confiada a la comunidad. Allá donde la resolución de un problema se haya confiado a la comunidad, la actuación del Presidente será posible en nombre de esa colectividad.

La comunidad se organiza a través de dos tipos de órganos: una asamblea deliberante, que adopta los acuerdos y establece las medidas oportunas y dos órganos ejecutivos de los cuales uno actúa hacia dentro (el administrador) y otro hacia el exterior (el Presidente). La ejecución de los acuerdos que sean competencia de la Junta puede requerir una actividad puramente interna, o, acaso, una actuación respecto de terceras personas o una actuación procesal frente a terceros o frente a uno de los propietarios. En este segundo supuesto actuará el Presidente. De ahí, que los límites de la competencia del Presidente se deban fijar con relación a los otros dos órganos: la Junta y el administrador, salvo lo que en la propia ley es atribuido directamente al Presidente: la convocatoria de las Juntas (art. 15,2) y recibir las notificaciones previstas en el artículo 7, 1.^a. En último término, si tuviéramos que reducir a una fórmula breve el campo de actuación del Presidente, podríamos decir que sus atribuciones se extienden hasta donde la comunidad se presenta organizada y unificada e independiente de los miembros que la componen, es decir, donde la comunidad actúa como persona colectiva.

Así, serán asuntos que afectan a la comunidad:

(99) MONET, *Problemas de técnica notarial*, cit., 314 y 315.

(100) ZANON MASDEU, op. cit., 483, apuntando, sin embargo, el criterio que seguiremos; también BRANCA, *La comunione*, cit., 510-511. De acuerdo PERETTI-GRIWA, op. cit., 387-88; GUIDI, op. cit., núm. 140, pág. 253, y SALIS, *Codominio negli edifici*, cit., núm. 93, págs. 329 y 331 y núm. 94.

1) Las modificaciones del título constitutivo, es decir, todas las alteraciones (que hemos visto en otro apartado) que afecten al título constitutivo: artículos 7, 11 y 16, 1.^º

Hay que destacar un matiz importante: donde se exige unanimidad más que un poder de la colectividad hay un poder de cada uno de los miembros, una facultad contenida en su posición o cualidad de miembro. De ahí que la opinión (que será siempre relevante) de uno sólo de los condóminos pueda llevarle a actuar por sí solo como si se tratase de una de las facultades sobre los elementos privativos.

2) El cumplimiento de las obligaciones que para los propietarios establece el artículo 9.^º de la ley o que establezcan los estatutos y reglamento de régimen interior en orden a lo prevenido por el artículo 5.^º, 3.^a y artículo 6.^º

3) La administración y disposición de las partes comunes artículos 7.^º, 2; 6.^º; 5.^º, 3 y 18, 3.^a.

4) El control del uso y destino del piso o parte privativa (de acuerdo con los artículos 7.^º, 3 y 19 de la ley y los estatutos) y de los elementos comunes.

En estas materias, la comunidad actuará a través del administrador o del Presidente. Este último, desde luego, cuando haya que actuar procesalmente, pues es el único que puede representar a la comunidad en juicio. Pero ¿es el único que puede obligar a la comunidad? Segundo algún autor, lo puede hacer el administrador, como se desprende del artículo 18, párrafos 4.^º y 6.^º, dentro de los límites de los acuerdos y de la gestión que se le confie (101). Otros, en cambio, niegan que el administrador esté dotado de facultades ni deberes representativos (102) y opinan que cuando haya de realizar contratos de gestión o servicios, lo debe hacer el Presidente, o el administrador como delegado de éste, pero admiten que la Junta pueda confiar poderes de representación (art. 18, 6.^º) al administrador.

El Presidente es, así, el único legitimado para comparecer en juicio en las materias que hemos indicado y, además, está dotado del poder general de representar a la comunidad, salvo las atribuciones expresamente conferidas al administrador, y siempre dentro de la esfera de los asuntos que afecten a la comunidad.

Fuera de estos asuntos el Presidente carece de poder de representación.

B. *La actuación del Presidente fuera de los límites de su poder.*

Parece claro, en principio, que la actuación del Presidente debe producirse en los asuntos que afectan a la comunidad, y que fuera de esos asuntos carece de poder de representación y no puede, por

(101) BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, cit., 166.

(102) MONET, op. cit., 322.

tanto, al menos en principio, obligar a la comunidad. El ámbito de su poder está fijado por la ley y no lo puede desconocer ninguna persona que contrate o se relacione con el Presidente (103), como se deduciría de la aplicación del artículo 1.714 y concordantes del Código civil.

También hemos de aceptar que el Presidente, sometido como está a las decisiones de la Junta, debe atenerse a ellas en su actuación, en el sentido del artículo 1.719 Código civil.

Lo que, en cambio, hemos de precisar es la relación entre los límites del poder del Presidente, las instrucciones de la Junta y la actuación del Presidente fuera de los límites o sin atenerse a las instrucciones.

El Presidente puede obrar en asuntos de su competencia, que están incluidos dentro del ámbito de su representación, sin atenerse a los acuerdos de la Junta.

Un sector doctrinal (104) entiende que en tal caso obligará a la comunidad, pero será responsable de los daños que cause con su actuación.

Habrá que matizar. La actuación del Presidente contra los acuerdos expresos de la Junta no podría obligar, en principio, a la comunidad, salvo las consecuencias de la protección del tercero de buena fe, que no puede desconocer el ámbito de la representación del Presidente, pero sí el acuerdo concreto de la Junta. El acto del Presidente sin consultar con la Junta (es decir, sin contar con un acuerdo expreso) sería ineficaz, salvo la ratificación de la Junta. Finalmente, la actuación que se produjera sin tener en cuenta instrucciones de la Junta sobre la forma de realizar el encargo, se podría considerar como la vulneración de las "instrucciones del mandato" (art. 1.719), que el Código civil no considera como traspaso de límites cuando el encargo se haya cumplido "de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste" (art. 1.715 CC.) (105).

C. Contenido del poder del Presidente.

Al Presidente le es conferida la legitimación activa y pasiva para actuar en juicio en nombre de la comunidad. Esta regla general, clara en principio, presenta sin embargo algunos problemas..

(103) En este sentido, BATLLE, op. cit., 162.

(104) ZANON MASDEU, op. cit., 483. FUENTES LOJO, *Suma*, cit., 763. Así lo entendió también la Sentencia de 19 de junio de 1965. Para BRANCA (*La comunitone*, cit., 511) el acto que excede de los poderes pero se halla dentro de la esfera de competencia es ineficaz, pero puede ser ratificado a posteriori por la comunidad.

(105) Recogemos, en lo que cabe, la distinción entre «límites del mandato» e «instrucciones del mandante» defendida por GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Los contratos en especial*. Madrid, 1968, págs. 289 y 290.

Para otros autores siempre que se incumplen las instrucciones hay traspaso material de límites del mandato. Vide, v. gr., PUIG BRUTAU, *Fundamentos d^r. Derecho Civil*, II, 2.^a, Barcelona, 1956, pág. 367.

El primero de ellos consiste en determinar si la legitimación activa del Presidente impide la de los demás condóminos. Algunos autores optan por la negativa (106), apoyándose en la especial naturaleza de la Propiedad Horizontal, en la que el miembro del grupo, titular de un derecho real sobre los elementos comunes, no pierde su autonomía y por ello puede ejercitar acciones de modo autónomo, en nombre de ese derecho que ostenta.

Ahora bien, ante todo serían de aplicación las consideraciones que hemos expuesto en orden al ejercicio de acciones por los condóminos en la copropiedad ordinaria, ciñendo, por tanto, esta posibilidad de actuación representativa a los tres casos examinados en los que uno de los condóminos puede válidamente verificar por sí sólo actos de administración. Esto es, cuando se trate de actos de contenido indivisible, o de actos de conservación, o de actos comprendidos dentro de la gestión de negocios sin mandato.

En la Propiedad Horizontal, comunidad especial, la aplicación de estos principios presenta algunas peculiaridades.

Así, tengamos en cuenta, respecto de los actos de conservación, lo dispuesto en los artículos 7, pf. 2.^º y 18, pf. 3.^º de la Ley: se prohíbe que el propietario del piso realice por sí las reparaciones, incluso urgentes, en las partes comunes y se confía, por otra parte, la conservación y entretenimiento de la casa al administrador. Por ello, salvo los casos de extrema urgencia en los que la aplicación de lo preceptuado condujese al absurdo de no poder impedir un daño grave, hay que entender que el ejercicio de los actos de conservación del edificio (lo que podríamos llamar "conservación física") se atribuyen a la colectividad y no a cada condómino. En tales supuestos, no cabrá aplicar el artículo 395 del Código civil.

Los actos de conservación del derecho (la otra parte del supuesto regulado por el artículo 395 del Código civil) son claramente de competencia del Presidente, según el artículo 12 LPH dentro del ámbito de lo que es titularidad colectiva. Ocurre, sin embargo, que la conservación del derecho de uno de los propietarios puede contener una defensa del derecho de la colectividad, en cuyo caso no cabe duda de que actuará válida y eficazmente el condómino interesado.

Claramente hay que aceptar cuanto dijimos sobre los actos de contenido indivisible, cuyo ejercicio por uno de los condóminos extiende sus efectos a la colectividad.

Respecto de la aplicabilidad de la gestión de negocios sin mandato acaso sea necesario distinguir entre una esfera interna y otra externa. En la primera, el tenor de los artículos 12 y 18 de la ley

(106) Ver nota 93. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Jurisprudencia de la Prop. Horizontal*, cit., en «R. D. P.», 1972, pág. 825. Este autor opina que no puede darse al art. 12, pf. 1.^º un alcance tan absoluto que excluya la legitimación de los propietarios singulares.

impide la posibilidad de que cualquier condómino actúe por la comunidad. Hacia el exterior, esto es, en relación con terceras personas, cabría la actuación gestoria, ratificada por la comunidad en los términos del artículo 1.892 Código civil. Así, mientras no sería admisible que uno de los condóminos exigiera el cumplimiento de la obligación de contribución a los gastos generales a otro condómino, no vemos inconveniente en que uno de los condóminos verificase un contrato con un tercero y fuese ratificado por la comunidad.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que en las materias que forman el contenido del poder de la comunidad, el propio Presidente está sometido a los acuerdos de la Junta, y con mayor razón lo deben estar los demás condóminos. En realidad, como hemos venido diciendo, el Presidente ejecuta los acuerdos, es un brazo de la comunidad. No cabe que cualquiera de los propietarios se arrogue esta función.

Finalmente, hemos de considerar que los propietarios pueden ejercer libremente sus derechos privativos, que, necesariamente incluyen un derecho de uso y goce de los elementos comunes y, pueden actuar en defensa de su derecho.

Lo que ocurre, sin embargo, en la Propiedad Horizontal, es que la posición de un titular de un piso es compleja y se compone de los elementos: la propiedad de su piso y la cualidad de miembro de una colectividad organizada.

Los condóminos pueden ejercitar las acciones que les correspondan en defensa de su derecho complejo, pero no podrán representar a la comunidad. En cambio, el ejercicio de determinadas acciones, referentes a actos de goce del derecho que son de contendio indivisible extenderá sus efectos a la comunidad.

Pero la norma del artículo 12 de la LPH no es facultativa, no puede entenderse dentro del supuesto en que resulta aplicable, como opcional para los condóminos. En cambio, es cierto que no estando prevista en la ley una verdadera posibilidad de recurrir al juez, para que éste supla el defecto de actuación del Presidente, los condóminos pueden ejercitar ante los tribunales las facultades contenidas en su calidad de miembros de la colectividad cuando los órganos de gestión no procedan de acuerdo con sus obligaciones. Pero siempre se actuará en función de un poder o de un derecho propio, no de la comunidad.

18. CONCLUSIONES CRITICAS

Estamos en condiciones de afrontar unas conclusiones críticas en torno a las sentencias objeto de estudio.

En realidad, la ratio decidendi de las sentencias encaja en lo que hemos expuesto y la contradicción entre ellas es más aparente que real.

La de 19 de junio de 1965, resuelve el caso en que un tercero recaba una autorización del Presidente, quien la concede sin solicitar el consentimiento de la Junta, que era preceptivo. El Tribunal Supremo razona que siendo competencia del Presidente (por serlo de la comunidad) y siendo el Presidente órgano de la colectividad, el tercero que ignora de buena fé si ha mediado o no el consentimiento de la Junta, no debe sufrir las consecuencias de los defectos de la actuación representativa del Presidente. Por tanto, la comunidad queda obligada, sin perjuicio de la responsabilidad de éste.

Hemos de aceptar que el Presidente es un órgano de la comunidad y que sus actos son directamente imputables a la colectividad. No creemos, en cambio, en la eficacia de lo actuado contra lo acordado en la Junta, salvo las consecuencias de la protección a los terceros de buena fé, quienes confiando en el contenido extenso y formal de la relación de apoderamiento, no deben sufrir las consecuencias de las relaciones internas entre representante y representado.

En la Sentencia de 11 de diciembre de 1965 el Tribunal Supremo consideró necesaria la intervención del Presidente cuando la comunidad de propietarios pedía se declarase la agravación de una servidumbre y se demoliesen los edificios que eran causa de la agravación. La servidumbre gravaba los elementos comunes de la finca. En principio, el ejercicio de la servidumbre, como el "pati" de la servidumbre, son actos indivisibles, que soportan por igual todos los condóminos. La oposición de uno de ellos puede ser eficaz extendiéndose a los demás, y precisamente como excepción a la regla general que hemos admitido, según la cual la administración de las cosas comunes están confiadas a la colectividad y sólo sus órganos las pueden actuar. Todo ello salvando el caso de que no hubiese recaído acuerdo. La falta de acuerdo de la Junta puede fundamentar la posición del Tribunal Supremo. La afirmación, "obiter dictum", de que en la Propiedad Horizontal no se pueden aplicar sin más las reglas de ejercicio de acciones por los condóminos es certera.

La Sentencia de 6 de junio de 1968, en que el Tribunal Supremo admite la legitimación pasiva del Presidente ante la reclamación de un terero por daños ocasionados por el mal estado de uno de los elementos comunes es irreprochable. Se trata de una deuda de la comunidad y queda clara la personificación de la comunidad ante los terceros a través del Presidente.

Las Sentencias de 28 de abril de 1966 y de 23 de abril de 1970 no contradicen la doctrina anterior en lo referente a la competencia y legitimación del Presidente. En la primera de ellas, los condóminos actuantes reclamaban los daños ocasionados en su piso y el Tribunal Supremo accede a su petición considerando que los daños en todo el edificio afectaban a su derecho, lo que es cierto en cuanto al derecho de cada condómino es complejo y en cuanto que el disfrute del piso es imposible sin los elementos comunes. En cambio, no se puede aceptar la afirmación incidental de que los poderes de

la comunidad no interfieran los derechos autónomos. En último término, los propietarios demandantes actuaban en defensa de su derecho privativo, y no suplían la acción de la comunidad. Sin embargo, la actuación del Presidente hubiera resuelto todo problema. (El Tribunal Supremo no niega la posibilidad de actuación del Presidente).

En la de 23 de abril de 1970, tres copropietarios piden la paralización de obras que afectaban a los elementos comunes realizadas sin el acuerdo unánime preceptivo. El Tribunal Supremo los considera legitimados para actuar. Los propietarios obran en virtud de una facultad propia, como revela la exigencia de unanimidad en el acuerdo. La facultad de oposición a las alteraciones prevista en el artículo 11, más que un poder de la colectividad es un poder de cada uno de los miembros, como ocurre en todos los casos en que se exige unanimidad. Por otra parte, no estando previsto en la ley un recurso al juez para suplir el defecto de actuación del Presidente, es claro que se deberá recurrir directamente contra los actos a los que el Presidente debería haberse opuesto. Todo ello justifica la solución contenida en el 2.^º de los razonamientos de la sentencia. El 1.^º, en cambio, demasiado general, no nos parece aceptable en sus propios términos.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Los contratos económicos en el Derecho civil rumano

Profesor, Tudor R. POPESCU

Asistente, Corneliu BIRSAN

Facultad de Derecho (Bucarest)

La actividad económica desarrollada para la realización del plan es efectuada por los ministerios económicos y por las organizaciones socialistas (1). Pero las empresas económicas, sea de modo directo, sea por medio de las centrales industriales (formadas de varias empresas) (2), para realizar sus fines específicos, es decir, las tareas del plan, pueden concluir contratos; ellas tienen la libertad de celebrar contratos, pero esta libertad resulta condicionada, en el sentido de que está subordinada a la realización del plan.

O sea, la libertad contractual existe solamente con esta finalidad: la realización del plan. Sólo por medio de los contratos se puede realizar el plan; ejecutar los contratos y realizar el plan resulta lo mismo.

La economía socialista es inconcebible fuera del plan. Pero el plan, a su vez, se realiza por medio de los contratos celebrados por las empresas.

Esta es la esencia de la nueva reglamentación hecha por la ley de los contratos económicos. Al mismo tiempo la realización del plan supone el perfeccionamiento de todo el sistema de abastecimiento y venta, de tal manera que se permita, en primer lugar, la simplificación de las relaciones económicas entre las empresas, el aumento de la operatividad en la realización de la producción y la adaptación cada vez más rápida de la producción a las necesidades del consumo. Son todas estas exigencias a las cuales procuró responder la nueva ley sobre los contratos económicos (3) vigente, el 1 de marzo de 1970, que se ocupa, en primer lugar, del papel del contrato en el marco de la economía nacional, es decir, de la relación entre el plan y el contrato, lo que constituye uno de los problemas principales de todo Derecho civil socialista. El papel del contrato llega a ser mucho más importante en comparación con la situación anterior.

(1) Las organizaciones socialistas son las empresas de Estado, las organizaciones cooperativistas y las organizaciones comunes (sociales). Ellas corresponden a las formas de propiedad socialista que reviste, sea la forma de la propiedad de Estado, sea la forma de la propiedad cooperativista (las cosas pertenecientes a las organizaciones cooperativistas o a las organizaciones sociales).

(2) Véase la Decisión del C. M., núm. 587, de 24 marzo de 1969, que reglamenta el Estatuto de la central industrial.

(3) La Ley sobre Contratos Económicos, núm. 71, de 29 de diciembre de 1969. El "Boletín Oficial", núm. 154, de 29 de diciembre de 1969.

Como una caracterización general, podemos decir que esta ley mira, desde el punto de vista *principal*, de una manera nueva las relaciones entre proveedores y beneficiarios, procurando al mismo tiempo de perfeccionar las relaciones contractuales, según los objetivos fundamentales y las tareas actuales del desarrollo de nuestra economía nacional, de establecer una relación razonable entre el plan y el contrato, y de consolidar la disciplina del plan contractual. El plan sigue siendo la principal característica del desarrollo de la economía socialista. Mas, por otro lado, el plan contiene un número muy reducido de índices obligatorios fijados por las autoridades centrales de planificación (a las varias empresas), y por otro lado, la dirección centralizada de la economía nacional debe realizarse en perfecto acuerdo con las iniciativas de las empresas que tienen, en virtud de la nueva ley, atribuciones mucho más amplias, que implican, a su vez, responsabilidades mucho mayores.

De hecho, las cosas suceden de este modo: en base de las previsiones del plan quinquenal o del plan de perspectiva, las empresas comunican, cada año, sus posibilidades de producción y sus necesidades implicadas por los contratos establecidos antes del respectivo período de plan. Sólo de esta manera, basándose en los elementos previstos por los contratos establecidos, el plan anual llega a ser, en efecto, un plan real, cuya ejecución es segura. Por consiguiente, se puede decir que la elaboración de los planes anuales se hace "desde abajo" hacia arriba, según los contratos establecidos. He aquí por qué la nueva ley define el contrato como "instrumento de planificación" (art. 2).

La actividad económica de las empresas supone toda una red de contratos desde su punto de partida —la adquisición de las materias primas— hasta el momento en que los productos acabados van hacia sus destinatarios. Por otra parte, nada puede entrar en el circuito económico que no haya ya entrado en el circuito jurídico; nada puede llegar a ser un *bien* desde el punto de vista económico, antes de ser un bien desde el punto de vista jurídico, es decir, antes de ser una cosa de la cual se pueda disponer "jurídicamente".

Toda actividad de las empresas no es otra cosa más que una continua cadena de obligaciones contractuales, y por consiguiente, una actividad jurídica tan intensa como la económica, con la cual está tan estrechamente vinculada, que todo traumatismo jurídico, de una sola relación contractual, puede afectar no solamente la actividad de la respectiva empresa, sino incluso la actividad de algunas otras empresas, incluso de nivel nacional.

He aquí, pues, la importancia de los contratos para la actividad económica de las empresas y para la economía nacional.

En el Derecho socialista, los contratos celebrados entre las organizaciones socialistas, para la ejecución del plan económico —y cuyo objeto es la entrega de productos, la realización de trabajos o la prestación de servicios—, son conocidos bajo el nombre de "contratos económicos". Toda la vida de estos contratos, desde su celebración hasta su ejecución, está subordinada a esta finalidad: la realización del plan.

La premisa económica de la celebración de estos contratos es la división social del trabajo existente entre las organizaciones socialistas llamadas a cumplir el plan de Estado" (4). Porque cada una de las organizaciones socialistas cumple, a través del plan de Estado, las tareas y atribuciones en los distintos dominios de la actividad económica. El proceso de acentuación planificada de la división social del trabajo entre las organizaciones socialistas se traduce por una acentuación de la especialización de cada organización, lo que supone un desarrollo continuo de su cooperación en el proceso del cumplimiento del plan de Estado.

La división del trabajo, sola, no es una premisa suficiente, para la existencia del contrato económico. Es preciso que las organizaciones socialistas tengan cierta independencia económica y operativa para poder entrar, de este modo, en relaciones patrimoniales con carácter oneroso y para poder tener una responsabilidad patrimonial propia modo de que puedan cumplir con sus obligaciones. Es decir, ellas tienen que aparecer en el ámbito civil como sujetos independientes. En el socialismo también existe producción de mercancías, y, por consiguiente, actúa la ley del valor, lo que significa que las relaciones entre las organizaciones socialistas son relaciones con título oneroso y el instrumento jurídico que les da forma es el contrato económico.

El contrato económico no es una especie cualquiera de contrato, sino que representa toda una categoría de los contratos, caracterizada por algunos rasgos fundamentales que forman el fondo general de reglas y principios que se aplican a las varias especies de contratos denominados, de modo genérico, contratos económicos.

Por eso, los contratos económicos son gobernados por unas reglas especiales, que derogan, desde varios puntos de vista, las normas de Derecho común. Pero en aquellos casos en que no existen estas reglas especiales con respecto a los contratos económicos, se aplica el Derecho civil como Derecho común para todos los contratos (artículo 27).

Una primera diferencia entre los contratos económicos y los contratos comunes se halla por su *finalidad*: mientras todos los demás contratos buscan la realización de los más diversos fines perseguidos por los contratantes, los contratos económicos tienen como fin inmediato el cumplimiento de una parte del plan. Por eso la conclusión de los contratos económicos no constituye, para las partes, una mera facultad, sino una obligación que, además, supera el dominio del Derecho civil para pasar en el dominio del Derecho administrativo, como una obligación hacia el Estado, en el marco de una relación de subordinación.

(4) V. CONSTANTIN STATESCU, *El contrato económico, instrumento jurídico para la creación y el desarrollo de las relaciones entre las organizaciones socialistas*, Ed. Científica, Bucarest, 1968.

Esta finalidad de los contratos económicos determina el espíritu por el cual se debe hacer la interpretación de las cláusulas contractuales. Así, por ejemplo, conforme a la regla *contractus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*, una cláusula contractual será interpretada en el sentido por el cual contribuya lo más posible a la realización del plan.

También, la regla según la cual en la interpretación de un contrato se debe buscar cuál fue la intención común de las partes, lleva a la consecuencia de que la respectiva cláusula será interpretada en el sentido que llevara a la realización más completa de la tarea de plan para cuyo cumplimiento fue celebrado el contrato.

El contrato económico es considerado por la ley como "un instrumento de planificación" (art. 2, párrafo 2), precisamente porque contribuye a la elaboración del plan anual, en base a las indicaciones generales y perspectivas del plan. Al mismo tiempo, los contratos económicos contribuyen a la concreción de las relaciones económicas entre las empresas, en vista de una completa realización de las obligaciones que derivan del plan general de desarrollo del país.

Se pone así de relieve la íntima ligazón entre el plan y el contrato, ligazón que va a manifestarse bajo varios aspectos durante el desarrollo de las relaciones económicas entre las empresas y las organizaciones socialistas que han celebrado el contrato.

Para alcanzar este último fin —la realización del plan—, los proveedores están obligados a tomar todas las medidas necesarias a la máxima utilización de su capacidad de producción, con la mayor eficiencia. Es decir, las empresas deben buscar compradores para sus productos; ellas no pueden, pues, producir los productos a no ser que su venta esté completamente asegurada por los contratos celebrados.

Resulta, como principio, que el contrato económico se base en el acuerdo de voluntad de las partes sobre los elementos contractuales: cantidad, calidad, configuración por surtidos y dimensiones, plazo de entrega, precio. El acuerdo sobre estos elementos se realiza por el contrato directo e inmediato entre proveedores y beneficiarios, por la continua confrontación entre demanda y oferta.

Las empresas pueden proceder también a la producción de nuevos productos, que no han sido mencionados en su plan inicial, pero solamente cuando tengan la seguridad de su venta, seguridad que dan sólo los contratos ya celebrados.

Con ocasión del acuerdo de los contratos se da prioridad a los productos que pueden asegurar la realización de las tareas de plan del año respectivo.

La inobservancia de todas esas reglas concernientes a la celebración de los contratos constituye una contravención sancionada como tal (art. 27, párrafo 2).

La celebración de los contratos económicos sigue cierto procedimiento especial, determinado por el carácter planificado de las pres-

taciones —objetos de los contratos— y del hecho de que, por lo regular, los planes son anuales (5).

Primero: los contratos económicos deben ser celebrados antes del comienzo del año en el cual el respectivo plan debe ser cumplido, para poder estar atentos de la elaboración definitiva del plan de Estado. Cuando se trata de materias primas de cierta importancia, o de instalaciones cuya fabricación necesita un período más amplio, los respectivos contratos deben ser llevados a cabo con diez meses, por lo menos, antes del período respectivo del plan (art. 3, párrafo 7). Pero esto supone tener un buen conocimiento de las condiciones concretas en que se desarrolla el proceso de abastecimiento técnico-material, así como el establecimiento con tiempo de la estructura y del volumen de las futuras tareas. Pero como elementos principales básicos de la conclusión de los contratos económicos para el año siguiente son: de un lado, las tareas aprobadas por el plan quinquenal o de perspectiva, y, de otro lado, un rico volumen de informaciones, que conduzca al señalamiento y concretización de estas tareas, resultantes de la explotación del mercado.

El procedimiento especial para la celebración de los contratos económicos se refiere también a los litigios que pueden aparecer con ocasión de los contratos, por eso que se denominen como *litigios pre-contractuales*. Estos litigios deben ser resueltos dentro de un breve plazo (diez días, si las ambas partes se hallan en la misma localidad, y quince en caso contrario), por los órganos superiores comunes a las dos partes, o sea, por la central industrial de las empresas que la integran, el ministerio común a ambas partes, o los ministerios si las empresas dependen de ministerios distintos.

Si se trata de problemas concernientes a las directrices de plan u objetivos de gran importancia y los respectivos ministerios no se ponen de acuerdo, entonces va a decidir el Consejo de Ministros (artículo 10).

Existe, por último, una obligación general que incumbe a los órganos superiores de las empresas: la de contribuir a que la conclusión de los contratos económicos se haga en las mejores condiciones. Violar estas disposiciones significa también una contravención sancionada como tal (art. 24).

Respecto a las condiciones de forma, la ley dispone que los contratos económicos deben ser conclusos por escrito. Pero, de un lado, la forma escrita es pedida sólo *ad probationem*, y de otro lado, un mandado (por escrito) por parte de una de las partes vale por contrato concluso. *A fortiori*, la solución se impone si el mandado fue ejecutado (art. 3). También el mandado seguido de aceptación o de ejecución es considerado contrato concluso (art. 3, alin. 3).

Ademán, los Bancos acostumbran a no aceptar ninguna petición de pago que no contenga el número y la fecha del contrato al cual se refiere, lo que hace que en la práctica se cumpla siempre la forma escrita.

(5) Para los productos que necesitan un período más largo de fabricación, los contratos pueden ejecutarse durante varios años (art. 8).

En los contratos económicos la introducción de ciertas cláusulas es obligatoria, mientras la presencia de otras cláusulas no está permitida. Es obligatoria la inclusión de las cláusulas cuya ejecución va a contribuir al cumplimiento del plan, como sería, por ejemplo, la cláusula penal. Hay también cláusulas concernientes al modo de ejecución, a los plazos, etc. Así, para los productos estacionales o con un breve ciclo de fabricación, las organizaciones socialistas suelen establecer en los contratos y los plazos dentro de los cuales van a presentar las especificaciones y los pormenores de estos productos, y en el caso de los trabajos de utilaje e instalaciones complejas, las partes están obligadas a mencionar en los contratos los plazos de entrega de la documentación técnica completa para el objeto total o para las partes del objeto. Como duración, la ley menciona que los contratos económicos pueden ser de larga duración, anuales o conclusos por períodos más breves, según el acuerdo de las partes y las menciones del plan estatal.

Hay cláusulas que, aunque puedan entrar en los contratos de Derecho común no pueden entrar en los contratos económicos, porque expresan instituciones jurídicas incompatibles con la naturaleza y el papel de los contratos económicos. Así, no se permite introducir en los contratos económicos cláusulas de solidaridad, pactos comisarios (cláusulas resolutorias), etc.

Para facilitar la conclusión de los contratos y para evitar la introducción de cláusulas incompatibles con la finalidad de éstos, los ministerios y los demás órganos competentes deben elaborar contratos tipo que van a ser aprobados por el Consejo de Ministros (art. 25).

Asimismo, si los contratos económicos contienen una cláusula ilícita, solamente la cláusula será considerada nula y, si es oportuno, será reemplazada de oficio por las disposiciones legales correspondientes. Por ejemplo, si en un contrato se menciona un precio distinto del legal, el precio contractual será el mencionado por la ley y no el precio fijado por las partes. Es, pues, una nulidad parcial; el interés principal, el de la ejecución del plan, pide que en vez de anularse el contrato, y concluirse otro contrato, con el mismo objeto y contenido, pero sin la cláusula ilícita, sea preferible considerar nula solamente la respectiva cláusula y sea reemplazada por una cláusula válida. Solamente si la cláusula nula no puede ser reemplazada, el contrato debe anularse por completo (art. 11).

Por consiguiente, la nulidad no es una medida en contra del acto jurídico como tal —el contrato económico—, si no es sólo una sanción que persigue que ciertos efectos del acto jurídico no se produzcan, pues violan una disposición legal. Los demás efectos no son rechazados y el contrato, siempre que sea posible, no debe ser suprimido, sino adaptado a las exigencias de la ley.

Los contratos económicos se caracterizan también por su modo de ejecución: el principio fundamental es el de la ejecución *in natura* de las obligaciones contractuales, determinada por la necesidad de realizarse la tarea del plan en que se basa el contrato. La ejecución

por equivalente no se permite sino cuando la ejecución *in natura* sea completamente imposible.

El carácter planificado de las relaciones contractuales entre las organizaciones socialistas y la observancia de la disciplina contractual tienen como consecuencia, en primer lugar, el que el pago (*solutio*) no puede ser hecho sino por el deudor, parte en el contrato, y sólo al acreedor de la misma relación contractual. Si en ciertas circunstancias se permite que el pago se haga por otra empresa y no por la empresa deudora, esta última sigue siendo responsable frente al acreedor por la falta de ejecución.

Respecto a la *datio insolutum* (dar otro objeto en pago), ésta puede ser aceptada por el acreedor si el objeto recibido en lugar del objeto debido es susceptible de realizar la tarea del plan en que se basa el respectivo contrato.

La ejecución dentro de los plazos, mencionados en el contrato, es también exigida por el carácter planificado de las relaciones entre las organizaciones socialistas y por la disciplina contractual. Pero a veces, esta ejecución dentro de los plazos mencionados en los contratos es condicionada también por el cumplimiento, por parte del beneficiario, de ciertas obligaciones, que él había asumido por el contrato, frente al proveedor. Por eso la Ley de los Contratos económicos menciona de modo expreso que el titular de la responsabilidad falta a la ejecución del contrato, si no observa sus obligaciones de cuyo cumplimiento depende la ejecución del contrato" (art. 17, párrafo 2).

La consecuencia de esta mención es la de que, si se constata que la falta de ejecución dentro del plazo establecido es causada por la falta de ejecución por parte del beneficiario, de sus obligaciones de las cuales dependía la ejecución del contrato, el proveedor no se hará responsable de la falta de ejecución. La ejecución anticipada antes del vencimiento del plazo, no está permitida, a no ser con el acuerdo del acreedor, y entonces se trata de un cambio convencional del plazo.

Si la ejecución anticipada se efectúa sin el acuerdo del acreedor, éste no está forzado a ejecutar su propia obligación correlativa, porque ésta no es exigible. Por otra parte, puesto que el traspaso del derecho de propiedad no ocurre antes del plazo mencionado en el contrato para la entrega de la mercancía, los riesgos siguen perteneciendo al acreedor en su calidad de propietario del objeto (*res perit domino*). Mas porque se trata de la propiedad socialista el acreedor está obligado a aceptar el objeto que le fue remitido y conservarlo hasta el plazo contractual, pero en este caso él es un mero deudor que, además, será resarcido por los gastos hechos para la conservación del objeto.

La ejecución tardía, después del vencimiento del plazo, no está permitida sino con el acuerdo del acreedor y sólo si este acuerdo ocurre antes del vencimiento. En caso contrario, el acuerdo sería nulo, siendo incompatible con la disciplina contractual. Mas tal acuerdo tendría como efecto la exoneración del deudor respecto a las pena-

lidades que debiera por la ejecución. Y una organización socialista no puede renunciar a sus derechos.

En cuanto a la *exigibilidad*, la regla de derecho común es *dies non interpellat pro hominem*; en cuanto a los contratos económicos la regla es al contrario, *dies interpellat pro hominem*, regla determinada por la disciplina contractual (art. 17).

En cuanto a la *imputación de pagos* hay que mencionar que la nueva reglamentación de los contratos económicos no contiene ninguna precisión, pero sus disposiciones van a ser completadas por las menciones del Código civil, en la medida en que éstas no son contrarias a la naturaleza de las relaciones entre las organizaciones socialistas. El Código civil menciona en el artículo 1.110 que el deudor que tiene varias deudas cuyo objeto es de la misma especie, tiene el derecho de declarar, cuando paga, cuál es la deuda que quiere cubrir; y el artículo 1.113 dice que cuando en el recibo no se menciona nada sobre la imputación, el pago debe imputarse a la deuda ya vencida, que el deudor tenía más interés en cubrir; si las deudas son de la misma especie, la imputación se hace a la más vieja; si las deudas son iguales desde todos los puntos de vista, la imputación se hace, proporcionalmente, a todas. En todo caso, como principio, el deudor tiene la posibilidad de precisar a cuenta de cuál obligación entiende efectuar la respectiva prestación.

Los efectos específicos de los contratos sinalagmáticos que derivan de la reciprocidad de las obligaciones pueden analizarse desde varios puntos de vista. Primero, el problema de los *riesgos contractuales*: en los contratos sinalagmáticos que comportan un traspaso del derecho de propiedad, los riesgos pasan al adquirirlos junto con la propiedad, y ésta es transferida en el momento de la celebración del contrato —es decir, en el momento del acuerdo de las partes—, si éstas no han decidido y no han mencionado en el contrato de otro modo. Es la regla *res perit domino*. En el marco de las relaciones contractuales de las organizaciones socialistas, los riesgos pasan junto con la propiedad, pero con la diferencia de que el derecho de propiedad pasa al adquirente en el momento de la remisión de los productos al beneficiario o al transportador (si la expedición de los productos incumbe al proveedor), o en el momento de la remisión de los productos desde el depósito del deudor (proveedor) con el acuerdo del acreedor (beneficiario).

Otra peculiaridad es aquélla según la cual la regla *genera non pereunt* no se aplica a las relaciones contractuales de las organizaciones socialistas, por lo menos en el marco del comercio interior. Las empresas están obligadas a abastecer los productos que ellas mismas fabrican, y si fortuitamente no pueden entregar los productos contratados, ellas no tienen la posibilidad jurídica de comprarlos en otra parte, pues se opone el principio de la especialidad de las personas jurídicas (art. 34 del Decreto 31/1954, concerniente a las personas físicas y personas jurídicas).

La excepción de falta de cumplimiento del contrato —*exceptio non adimpleti contractus*— comporta también un régimen jurídico espe-

cial en cuanto a las reglamentaciones entre las organizaciones socialistas, pues el orden en que van a efectuarse las prestaciones reciprocas es fijado, generalmente, por las leyes; está prohibido pagar el precio antes de que la prestación correlativa sea efectuada. El pago anticipado sería un crédito que una parte otorgara a la otra, operación prohibida en las relaciones entre las organizaciones socialistas.

Hay, sin embargo, situaciones cuando la *exceptio non adimpleti contractus* puede ser invocada, pues tendría un papel positivo en la realización de la ejecución *in natura* de los contratos económicos.

Otra consecuencia de la reciprocidad de las obligaciones de los contratos sinalagmáticos es la resolución por falta de ejecución. Conforme al Código civil, la condición resolutoria es siempre sobrentendida en los contratos sinalagmáticos, cuando alguna de las partes no cumpla con su obligación (art. 1.020).

En cuanto a los contratos económicos, no sólo esta cláusula no está sobrentendida, sino que ninguna cláusula resolutoria (pacto comisorio) queda permitida, porque, mientras la ejecución del contrato sea todavía posible y la tarea de plan no sea modificada, los contratos tienen que ser ejecutados; la disciplina de plan lo pide. Las obligaciones contractuales, en el marco de los contratos económicos, no pueden ser afectadas por ninguna condición ni suspendida ni resolutoria.

Si el deudor no ejecuta dentro del plazo mencionado una parte de sus obligaciones (por ejemplo, demora en entregar un lote de mercancías), el acreedor puede renunciar a la respectiva prestación, mas sólo si prueba que, por esta causa, está en imposibilidad de utilizar los productos respectivos. El acreedor conserva, sin embargo, el derecho a ejercitar las penalidades convencionales, así como a la reparación integral del perjuicio sufrido (art. 18).

Por lo general, la empresa que no ejecuta las obligaciones contractuales tiene que pagar las penalidades mencionadas en el contrato, y si es necesario, reparar todo el perjuicio que ha provocado de este modo a la otra parte.

En cuanto al perjuicio que debe ser reparado el principio de la reparación integral pide que ésta —*eventus damni*— comprenda tanto el perjuicio efectivo —*damnum emergens*— cuanto el beneficio del cual el acreedor fue privado —*lucrum cessans*.

Pero en el marco de la responsabilidad contractual, en las relaciones entre las organizaciones socialistas, además de los elementos componentes de la responsabilidad civil, el acreedor tiene que probar que ha tomado todas las medidas necesarias para limitar o disminuir el perjuicio provocado por la falta de ejecución del contrato.

Por otra parte, si a causa de un caso de fuerza mayor la ejecución de la obligación ha llegado a ser imposible, el deudor es exonerado de la responsabilidad, sólo a condición de anunciar a la otra parte en cinco días el acontecimiento que constituye fuerza mayor y de comunicar en quince días las pruebas necesarias (art. 22).

Si después de la conclusión del contrato aparecen circunstancias:

que, sin constituir casos de fuerza mayor, hacen imposible la ejecución del contrato por una de las partes, el órgano tutelar de ésta viene obligado a tomar todas las medidas necesarias para asegurar la ejecución del contrato (art. 19).

La modificación o la denuncia unilateral del contrato está prohibida. Una modificación del contrato, por el acuerdo de las partes, está permitida, pero la parte que ha solicitado la modificación soporta las consecuencias (art. 12), exceptuando el caso de que las exigencias del progreso de la técnica pidan una modificación de las cláusulas contractuales (sobre todo en cuanto a los contratos de larga duración).

Uno de los principios fundamentales que para las relaciones creadas por los contratos económicos, adquiere un carácter distinto, es el de la colaboración entre el acreedor y el deudor. Es la expresión jurídica del fin común perseguido por las partes, es decir, la ejecución del plan, obligación legal que incumbe igualmente a todas las organizaciones socialistas. El principio de la colaboración gobierna toda la actividad de la empresa, contractual o extracontractual.

La colaboración del acreedor con el deudor comienza aún en la fase preparatoria del contrato y continúa hasta el último acto de ejecución. El acreedor (el beneficiario) tiene el derecho de controlar la modalidad por la que su deudor ejecuta las cláusulas contractuales concernientes a la calidad de los productos contratados (art. 14). Además, en virtud de este principio, las partes tienen que anunciar enseguida los casos de fuerza mayor que les impidieran ejecutar el contrato.

Ocurre frecuentemente que la realización del plan justifique e incluso implique la intervención de otras organizaciones socialistas, que no son partes en el contrato. Así, el empresario general (que no es parte en el contrato de proyección concluso entre el proyectante y el beneficiario), tiene no sólo el derecho, sino también la obligación de colaborar con el proyectante para hallar juntos las soluciones óptimas. Asimismo, el proyectante (que no es parte en el contrato de empresa) tiene la obligación de contribuir a la realización de su proyecto.

La colaboración entre el acreedor y el deudor para la realización del plan supera, pues, el marco de las relaciones contractuales.

La extinción de las obligaciones de otro modo, que no sea el pago (*solutio*), presenta también aspectos peculiares en cuanto a los contratos económicos.

Existen modos voluntarios de ejecución de las obligaciones que, en el marco de los contratos económicos no están permitidos, por ejemplo, la remisión de cuenta que no es compatible con la disciplina socialista, porque las organizaciones socialistas no pueden renunciar a sus derechos reconocidos precisamente para que pueda realizarse el plan. Y mientras la tarea del plan que se halla en la fase de contrato sea realizable, las organizaciones socialistas tienen la obligación de pedir la ejecución real (*in natura*) de las obligaciones contractuales.

En virtud de las mismas razones no está permitida entre las orga-

nizaciones socialistas, la *compensación* como modo de extinción de las obligaciones.

Por fin, la prescripción extintiva reglamentada por una ley especial (6) conoce plazos mucho más breves en cuanto a las obligaciones que derivan de los contratos económicos. Así, mientras en el Derecho común el plazo general de la prescripción extintiva es de tres años, para las obligaciones que derivan de los contratos económicos, este plazo es de 18 meses y en muchísimos de los casos los plazos son aún más breves, como, por ejemplo, para reclamar las penalizaciones, la calidad de los productos, etc.

La solución de los litigios que se derivan de los contratos económicos no incumbe a las instancias judiciales, sino a una instancia especial, el Arbitraje de Estado.

En cuanto a los litigios precontractuales, éstos son solucionados, como hemos visto, por los órganos tutelares de las respectivas empresas.

* * *

He aquí el régimen actual de los contratos económicos y su papel en la ejecución del plan de la economía nacional.

La planificación de la economía nacional impone a las empresas la obligación hacia el Estado de ejecutar las tareas de plan atribuidas a ellas. Esta obligación, consecuencia de la dirección centralizada de la economía nacional, es una obligación de Derecho administrativo y su falta de ejecución es sancionada como tal.

Pero en el marco de la obligación, de ejecutar el plan se halla también la obligación de tomar todas las medidas necesarias a este fin, entre las cuales la de concluir los contratos —instrumentos de Derecho civil—, necesarios al cumplimiento del plan. Los contratos económicos —relaciones de Derecho civil— duplican, bajo un aspecto jurídico, las relaciones de Derecho administrativo, que consisten en el reparto a las empresas, de varias tareas de plan, conformemente a la regla de la especialidad.

Las relaciones de Derecho administrativo tienen el papel de engendrar obligaciones, por parte de las empresas, hacia el Estado, mientras los contratos económicos crean obligaciones recíprocas entre las empresas, partes en los contratos.

La obligación de Derecho administrativo hacia el Estado en cuanto a la realización del plan, no desaparece en el momento de la conclusión del contrato, que engendra obligaciones de Derecho civil, sino que sigue existiendo hasta el último acto de ejecución del plan, es decir, hasta la completa ejecución del contrato, celebrado precisamente para la realización del plan, la obligación de Derecho administrativo co-existe, pues, con las obligaciones civiles que derivan del contrato.

* * *

(6) Decreto núm. 167, de 21 de abril de 1958, modificado y publicado de nuevo en 15 de julio de 1960.

Para mejor comprender el cambio actuado por la nueva ley sobre los contratos económicos, es necesario recordar el régimen que existía antes de esta ley y que existe todavía hoy, por lo general, en los demás países socialistas.

La tarea de plan, base del contrato, podía ser expresada, sea de una manera precisa y concreta, en cuanto a los elementos del contrato que debía ser concluso, sea de manera global, por la mera determinación valorativa del plan de cada empresa.

Según la manera de determinar la tarea del plan, había dos categorías de contratos: los contratos planificados y los contratos reglamentados.

Los contratos planificados eran los concluidos en virtud de una acta administrativa de planificación, que contenía una tarea concreta del plan, obligatoria para dos o más organizaciones socialistas individualmente determinadas. El acta administrativa de planificación determinaba, pues, el objeto concreto de cada contrato (o más bien el objeto de cada obligación contractual), las partes del contrato, así como las principales cláusulas. Así, en cuanto al contrato para la entrega de productos, la empresa beneficiaria recibía una orden que precisaba los productos planificados para el período respectivo, y el proveedor recibía una orden de entrega de estos mismos productos. En presencia de estas disposiciones concordantes, las respectivas empresas tenían la "obligación" (y, también el "derecho" de concluir el contrato cuyos elementos estaban ya precisados por el acta administrativa de planificación) (7).

En vista de que las relaciones de Derecho administrativo eran obligatorias, excluyendo, para el destinatario de la disposición administrativa, la posibilidad de decidir de otra manera, y como el plan es realizable sólo en el sistema contractual, estos contratos fueron llamados *contratos planificados*.

Pero la celebración de los contratos económicos en estas condiciones dejaba tan poca iniciativa a las partes que podrían preguntarse cuál era el papel del contrato.

Sin embargo, si las partes en presencia de las disposiciones administrativas concernientes al reparto y a la entrega de ciertos productos determinados, no procedían a la conclusión del contrato, no había entre las partes ninguna obligación de entrega o pago, y por consiguiente, no poderse realizar el plan; las obligaciones civiles entre las empresas no podían derivar directamente del plan, sino solamente del contrato.

Mas, por un lado, el Arbitraje de Estado podía obligar a las empresas a concluir el contrato (la decisión del arbitraje era parte integrante del contrato) de pagar multas civiles y, si fuera el caso, los daños y perjuicios; y por otro lado, las empresas soportaban las consecuencias de orden administrativo de su indisciplina.

(7) Se actuaba de la misma manera en cuanto a la ejecución de trabajos y la prestación de servicios.

El contrato reglamentado era celebrado también en virtud de una orden administrativa que contenía una tarea de plan, pero ésta no era concretada para cada contrato, si no se precisaba el valor total de los productos que debían ser entregados o recibidos. En base a los límites de esta tarea global —que representaba el plan mismo de la respectiva empresa— la empresa era libre de elegir su compañero contractual y de establecer de común acuerdo con éste el contenido del contrato, con todas las precisiones que ellas querían, dando de este modo la configuración final a la tarea del plan.

Realizando su propio plan —parte integrante del plan de la economía nacional—, las empresas contribuían, por la conclusión de los contratos reglamentados, a la realización del plan económico del Estado. Por eso los contratos reglamentados eran distintos también, desde varios puntos de vista, de los contratos de derecho común.

En el marco de los contratos reglamentados había también una categoría de contratos que aparecían en condiciones especiales; es decir, cuando una empresa tenía la exclusividad de ciertas prestaciones (la electricidad, el agua, el gas, etc.) ella estaba obligada a concluir un contrato a la mera petición de la otra parte. Era la consecuencia lógica de la exclusividad que les había sido otorgada en cuanto a las prestaciones respectivas. No era prudente, lo de dejar la conclusión de esos contratos al libre acuerdo de las partes que se hallaban en condiciones desiguales.

Estos contratos se llamaban *contratos reglamentados obligatorios* y tenían, generalmente, el régimen de los contratos planificados.

Los contratos planificados han comprobado ser muy rígidos. Ellos dejaban poquíssima iniciativa a las partes contratantes y también poquíssima responsabilidad; un contrato planificado contenía, de oficio todas las indicaciones mencionadas en la orden administrativa de planificación, aunque si las partes no las hubieran ingerido en el texto del contrato. Pero las iniciativas locales que completan las decisiones centrales deben ser favorecidas en su actividad contractual, estrechamente vinculada a la actividad de planificación. He aquí una de las principales razones que ha justificado la nueva ley sobre los contratos jurídicos. Según la nueva ley no existen más contratos económicos planificados o reglamentados, sino solamente contratos económicos, nada más.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La Ley de 22 de julio de 1972 y el artículo 321 del Código civil

FEDERICO DE CASTRO

La Ley de 22 de julio de 1972, ha borrado del Código civil aquella su disposición más pintoresca y llamativa, la del artículo 321, vigente hasta dicha Ley. En este momento de su desaparición, de su pasar al reino del olvido, bien merece que se le despida celebrando su derogación, y con el recuerdo de las principales etapas de su accidentada historia; las que no dejan de tener interés también para el historiador de nuestra sociedad. Dicha disposición aparece de pronto, inesperadamente, en el Proyecto de Código civil de 1851.

Su artículo 277, dice así:

“El mayor de edad dispondrá libremente de su persona y bienes con la limitación contenida en los artículos 51 y 52.

Sin embargo, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinte y cinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía se hallen, como no sea para casarse o cuando el padre o la madre hayan contraído matrimonio”.

¿De donde procede ese párrafo segundo del artículo 277?

Según se nos afirma por García Goyena, el Proyecto de 1851, “en su casi totalidad, no es sino lo existente, pero con mayor claridad y orden, desembarazado de sus dudas y llenados sus vacíos”; siendo una de las principales bases de la Comisión General de Códigos “no innovar sino por necesidad o evidente utilidad”. Sólo por este motivo se introducirán, parece indicarse, las innovaciones “copiadas de Códigos extranjeros” (1). Mas tal idea rectora se abandona con desenfado notable al redactarse el artículo 277. No se cita, ni se encuentra antecedente alguno en la legislación española para tal precepto, ni en la vigente entonces, ni en los Fueros antiguos. Tampoco puede mencionarse ni copiarse disposición del Código francés ni de otra ley extranjera, que contenga tal regla anómala.

Don Florencio García Goyena, al comentar el artículo 277, nos dice lo siguiente, como única justificación de la novedad propuesta:

(1) Comp., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español..* Por el EXCMO. SR. D. FRANCISCO GARCÍA GOYENA, 1852. Prólogo, p. 10.

“Sin embargo, etc. Esta limitación relativa a las hijas de familia, tiene por objeto el decoro público y el personal de ellas mismas. Probablemente, ninguna hija bien educada y que tenga en algo su reputación, la joya más preciosa del sexo bello y débil, dará lugar a que se haga uso de esta limitación; pero conviene proveer para los casos posibles” (2).

La concepción de don Florencio y de sus compañeros de Comisión, sobre la mujer y su apropiado destino, se manifiesta también en la justificación del precepto del Proyecto que dispone que el hijo de familia que no ha cumplido 23 años y la hija que no ha cumplido 20, necesitan para casarse del consentimiento paterno (art. 51). En las Concordancias se nos dice:

“Nuestro artículo se acerca más al 148 francés y a la pragmática de 1803, rebajando la edad de las hijas. Por una parte, el desarrollo moral suele caminar al par que el físico, y éste, se anticipa en las mujeres; por otra, la flor de la juventud se marchita antes cuando es más temprana, y las gracias juveniles forman, por lo mismo, una parte del dote de la mujer, y frecuentemente deciden de un matrimonio ventajoso” (3).

Retórica que hoy suena a falsa y que, hasta puede hacernos sonreír. Mas que responde al sentir de la época y que muestra a las claras la mentalidad entonces dominante sobre la fragilidad de la mujer y la naturaleza del matrimonio; la de la clase en cuyas manos se encontraba el aparato legislativo, en el período moderado del reinado de doña Isabel II; la soberana que según dicho don Florencio, merece “los dulces dictados de Buena y Generosa” (4).

Como se habrá observado, preocupa mucho el recato femenino y el honor de la familia, pero bien poco la lógica jurídica. El artículo 277, durante cinco años (desde los veinte a los veinticinco) condena a la mujer mayor de edad a una especie de arresto domiciliario en la casa paterna; pero ello sólo en el supuesto de que alguno de los padres viva y no hayan contraído (nuevo) matrimonio.

Inconsecuencia del proyectado artículo que hizo decir a don Francisco Cárdenas: “Cuando el padre o madre viudos pasan a segundas nupcias, habrá si se quiere, un motivo para que la Ley confíe menos en el respeto a la dirección y cuidado de sus hijos, pero no una razón para que las hijas de veinte años puedan emanciparse de toda autoridad y vivir a su libre albedrío. Si esta libertad es peligrosa para ellas y contraria a nuestras costumbres cuando vienen su padre y su madre, o uno sólo de éstos en estado de viúdos, no

(2) *Concordancias*, cit., I, p. 266. El Proyecto rebajaba la mayoría de edad de los veinticinco años (la del Derecho común) a los veinte años (art. 276).

(3) *Concordancias*, cit., I, p. 63.

(4) Dedicatoria de las *Concordancias* a S. M. el Rey.

lo sería menos porque el padre o la madre supervivientes contraiga segundo matrimonio” (5).

Treinta años después, perdura con la misma fuerza y en el mismo círculo social, el complejo de prejuicios sobre debilidad de la mujer joven, sobre la necesidad de guardarla frente al donjuanismo masculino y hasta sobre el honor familiar pendiente del decoro de la hija de familia. Prejuicios compartidos por los políticos liberales y los conservadores, por monárquicos y republicanos. No ha de extrañar, por ello, que el proyecto liberal del Código civil de 1882 mantenga el contenido del párrafo segundo del artículo 277 de 1851, y hasta que lo haga destacándolo en un artículo especial, el 287, sin más que un mínimo cambio verbal de sus palabras iniciales, el de sustituir “Sin embargo” por “A pesar”.

La base primera de la Ley de Bases de 1888, se recordará que ordena:

“El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio, debiendo formularse, por tanto, este primer texto legal de nuestra codificación civil sin otro propósito que el de regularizar, aclarar y armonizar los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica y atender algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principio o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores”.

La lectura de esta base nos basta para ver que la referencia al Proyecto de 1851 está claramente condicionada. De su mandato resultaba la tácita exclusión del artículo 277 del Proyecto. En efecto, lo ordenado en dicho artículo es extraño al sentido y pensamiento del Derecho histórico patrio, no se encuentra en los preceptos de nuestras antiguas leyes y carece de fundamento científico y de precedentes en leyes extrañas. Ello no obstante, ni en uno ni en otro Cuerpo Colegislador se dice nada en contra o se pone obstáculo a la recepción del citado párrafo segundo del artículo 277; el que con una nueva modificación en su letra, pasa al artículo 321 del Código. Ahora dice así:

“A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior (6), las hijas

(5) *De los vicios y defectos más notables de la legislación de España y de las reformas que se proponen en el Proyecto de Código civil.* 1852, p. 18.

CÁRDENAS parece tener un concepto más pesimista que GARCÍA GOYENA respecto de la mujer joven, y piensa que sin el artículo 277, «las mujeres de veinte años podrían abandonar el hogar paterno y dedicarse a la prostitución». No parece preocuparse, en cambio, de la situación de las jóvenes sin padre. ¿Importa más el honor de la casa paterna que proteger la supuesta debilidad femenina?

(6) El artículo 320 disponía: «La mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos.

de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado o cuando el padre o madre hayan contraído ulteriores bodas".

De este modo, las cavilaciones de don Florencio han recibido plena consagración legal y, con el artículo 321 se ha introducido en el Código civil, una regla extraña a nuestro ordenamiento tradicional, ilógica, e intrínsecamente sin apropiada justificación.

Aunque ello es así, no puede desconocerse que, al tiempo de su promulgación, el artículo 321 fue bien recibido. Véase, por ejemplo, lo que se nos dice en los doblemente autorizados Comentarios don José María Manresa:

"El decoro público y el personal de las hijas fueron las consideraciones que tuvo presentes el Proyecto de 1851 para ordenar que aquéllas, capaces por la mayoría de edad para todos los actos de la vida civil, no pudiesen, hasta haber cumplido veinticinco años, salir de la casa paterna sin licencia del padre o madre en cuya compañía viviesen.

Es tan natural este mandato, reproducido como se ve en el vigente Código, que sin estar escrito en la Ley, dudamos que ninguna hija de rectos principios morales hubiese pretendido contrariarle; como creemos, ahora bien, que aun limitada la prohibición a los veinticinco años, será raro el caso en que alguien sin justificado motivo, se acoja a lo que, cumplida esa edad, es ya potestativo en las hijas de familia" (7).

Estas palabras de Manresa parecen expresar el sentir general. Los autores, excepto alguna opinión aislada (8), recogen sin reparos lo dispuesto en el artículo 321. En cambio, interesa y apasiona en grado máximo la interpretación de la frase "tomar estado", no-

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.»

(7) *Comentarios al Código civil español*, 3.^a ed., 1907, II, p. 722. Palabras reproducidas, sin añadido ni reserva, en la sexta edición revisada por D. FRANCISCO BONET RAMÓN. 1945. II, p. 787. Manresa fue vocal de las secciones 1.^a y 4.^a de la Comisión general de Codificación.

(8) «La excepción del artículo 321, sin precedentes en el Derecho patrio y con escasas analogías en los Códigos extranjeros, no resulta muy lisonjera para las mujeres. ¿Tanto teme el legislador de su debilidad que considera necesario trocar al padre en guardián, cuando no lo sea el esposo o el encargado del claustro? Aunque presumimos que el artículo citado tiende, más que a recatar la paloma, a perseguir al gavilán.» MUCROS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*. Tercera edición, 1893. V, p. 632.

«Esta disposición (el art. 321), doblemente anómala (no se aplica a las huérfanas), anticuada ya cuando se promulgó, incompatible con el modo de vivir moderno, por su carácter excepcional y limitativo de la libertad personal, ha de ser interpretada restrictivamente.» CASTRO, *Derecho civil de España*. Parte general. II, 1. 1952, p. 243. Opinión recogida por CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*. Parte general. Sección segunda. § XVII, IV, 4, p. 151, sin comentario adverso ni favorable.

vedad de la redacción definitiva del Código. La doctrina se divide. Unos piensan que hay que entenderla limitada al estado matrimonial ("para casarse"); opinión que tuvo el apoyo de la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1901 (9). En contra de ella, pudo argumentarse que la supresión de la frase "para casarse", contenida en los dos proyectos de Código, y el haberse sustituido por la de "tomar estado" permitía una interpretación amplia de la expresión, exigida además por la finalidad atribuida al precepto; ya que el decoro público y el personal de la hija de familia quedaba debidamente garantizado si ella tomaba el estado religioso. Mas la cuestión exegética se enturbia y adultera por su utilización partidista, por el desgraciado enfrentamiento político-religioso de ciertos grupos de juristas.

Para resolver esta contienda pseudo-doctrinal, se pensó aprovechar la publicación del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón (R. D. 7 diciembre 1925). Es cierto que la Exposición que le acompaña advierte que "no tiene cabida en él" (en el Apéndice) enmiendas de la Ley común; mas esta afirmación se matiza después, agregando que "no cabría olvidar obligaciones congénitas del ministerio legislativo, las cuales no consienten jamás, un automatismo rutinario y ciego", estimándose "ineludible alguna adaptación o coordinación", accordando "la variante en términos adecuados al espíritu informador del sistema regional" (10). Sibilinas frases que buscan justificar el que la Comisión General de Códigos recoja algunas disposiciones propias del Código civil (extrañas al Derecho foral) y las redacte conforme al criterio de su deseada reforma por la Comisión. Así procede respecto al artículo 321 del Código civil. Aunque ninguna disposición del Derecho propio aragonés lo autorice, el párrafo tercero del artículo 12 del Apéndice dispone:

"Las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa del padre o de la madre, en cuya compañía vivan, mas que con licencia de los mismos, salvo cuando sea para tomar estado de matrimonio o de profesión religiosa, cuando los citados padres hayan contraído ulteriores nupcias, o cuando para la separación de ellos den motivos de moralidad o mal tratamiento".

Lo establecido en el Apéndice significa una evidente mejora respecto al artículo 321. La atención de la doctrina se centra en una de las reformas efectuadas, la referente al tomar estado la hija de

(9) En el mismo sentido, la extensa y razonada exposición de la Memoria del Presidente de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; reproducida por SÁNCHEZ ROMÁN. *Estudios de Derecho civil*, 1912, tomo quinto, volumen 2º, páginas 1194-1197, nota 2.

(10) La Exposición del Real Decreto, nos dice que ha recogido en esta parte la comunicación del Presidente de la Comisión general de Códigos (D. Antonio Maura), porque «del contenido del Apéndice nada puede dar idea más exacta»

familia. Algún autor piensa que el Apéndice muestra que la Comisión General de Códigos, al mencionar la profesión religiosa, abandona la doctrina que sentara en 1901 el Tribunal Supremo, y que ello ha de "entenderse como interpretación auténtica" del artículo 321 (11). Esta generosa interpretación no cerraba el paso a las dudas, dada la limitación del ámbito territorial del Apéndice y el carácter especial propio del régimen jurídico aragonés. Así, al menos, lo entiende el legislador, que considera en 1952 necesario, a tal efecto, reformar el artículo 321.

Se presentó ante las Cortes, el siguiente Proyecto de nuevo artículo 321:

"A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa del padre o madre en cuya compañía vivan, mas que con licencia de los mismos. Salvo cuando sea para contraer matrimonio o para ingresar en religión, cumpliendo los requisitos señalados en el Derecho canónico o también cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores nupcias o concurra otra causa que justifique la separación" ("B. O. de las Cortes", de 21 de febrero).

Este proyecto de artículo 321, recoge lo fundamental de las innovaciones del párrafo tercero del artículo 12 del Apéndice aragonés; trata de mejorarlo, precisando los requisitos que habría de reunir la profesión religiosa, y no limita las causas por las que la hija de familia podrá abandonar la casa paterna, dejando su apreciación al buen criterio de la autoridad judicial.

La redacción de este ANUARIO entendió que en la proyectada reforma se podía "colaborar útilmente a la mejor realización de la obra legislativa solicitando la opinión de algunos juristas" (12).

El ANUARIO publica primero un primoroso estudio de Amadeo de Fuenmayor, en el que se señala y demuestra que la frase "para ingresar en religión" del Proyecto, es insuficiente y no satisface su finalidad, por no comprenderse en ella a las mujeres que abrazan la vida de perfección en una "Sociedad de vida común sin votos" o en un "Instituto secular" (13).

También en este mismo ANUARIO hube de publicar un pequeño estudio sobre el artículo 321, en el que se le calificaba de "precepto anacrónico sin razón jurídica, ineficaz para lograr el propósito de sus redactores y que, en cambio, ofrece un campo bien abonado para quienes deseen aprovecharlo con fines torcidos"; y con cierto detalle se van señalando las razones, a mi juicio decisivas y no con-

(11) BONET RAMÓN, loc. cit., p. 786.

(12) *La proyectada reforma del artículo 321 del Código civil* (nota de la Redacción). A. D. C. V-1.^o (enero-marzo, 1952), p. 201.

(13) *Sobre la nueva redacción del artículo 321 del Código civil*. A. D. C. V., 1.^o (enero-marzo, 1952), p. 202-205.

tradichas, que aconsejaban "borrarlo del Código hasta no dejar trazas de este artículo" (14).

Por Ley 20 de diciembre de 1952 se da la siguiente nueva redacción al artículo 321:

"A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad (15), pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa del padre o madre, en cuya compañía vivan, mas que con licencia de los mismos, salvo cuando sea para ingresar en un Instituto aprobado por la Iglesia, o también, cuando el padre o la madre hayan contraído segundas nupcias, o concurra otra causa que justifique la separación".

El viejo texto se mantiene, con retoques y mejoras secundarias, aunque sin salvar su intrínseca incongruencia (16). El legislador no admitió la propuesta de abolición, y frente a ella, parece haber tratado de fortificar, fundamentándolo, el artículo 321. El carácter excepcional que esta disposición tiene conforme al artículo 320, es tratada en la exposición de los motivos de la ley como regla general y normal, al decirnos que "no es necesario prolongar la *autoridad tuitiva* de los padres" al contraer matrimonio la hija de familia, y que la vida en una comunidad religiosa "no puede considerarse menos *protectora* para la mujer que la *autoridad marital*" (17).

¿Las frases copiadas son reminiscencias de viejas y forasteras ideas, de la "tutela mulieris" y del considerar a la mujer como eterna menor?

Sea de ello lo que fuese, el legislador puede creerse apoyado por buena parte de la opinión. En su abono está el hecho, que la antes recordada propuesta de abolición del artículo 321, fue objeto de la indignada repulsa de muy respetables e ilustrados padres de familia, basada en criterio semejante al que expresara don Florencio García Goyena en sus Concordancias.

Esta especial simpatía por el artículo 321 puede explicarnos que se mantenga al hacerse la gran reforma del Código civil en 1958, no obstante los propósitos que el legislador manifiesta en la exposición de motivos (Ley de 24 abril 1958). En ella se pone de relieve que la nueva Ley se preocupa de "liberar a la mujer de ciertas limitaciones en su capacidad" (par. 3); propósito que se concreta diciendo: "Por lo que se refiere a la capacidad jurídica de la mujer, en general, la presente ley se inspira en el principio de que, tanto

(14) *«Reforma o supresión del artículo 321? A. D. C., V., 1.º (enero-marzo, 1952), pp. 205-208.*

(15) La Ley de 13 de diciembre de 1943 fija la mayoría de edad, a los efectos civiles, en los veintiún años cumplidos. Lo que se justifica en la exposición de sus motivos, en el «*arrollador y ágil dinamismo*» de la juventud; sin que se haga distinción de sexos.

(16) Puede verse lo dicho en *Compendio de Derecho Civil*. Introducción y Derecho de la persona. 5.^a ed., 1970, pp. 217-219.

(17) El subrayado no está en el texto legislativo.

en un orden natural como en el orden social, el sexo por sí sólo no puede determinar en el campo del Derecho una diferencia de trato que se traduzca, de algún modo, en la limitación de la capacidad de la mujer a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas" (párrafo 43).

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil se ocupa de la aplicación del artículo 321 del Código civil (art. 1.880, 3.^o, arts. 1.901-1.909 LEC). En la exposición de motivos se destaca que el nuevo texto viene "a eliminar por innecesariamente vejatoria para la mujer, la institución del depósito, sustituyéndola por una medida provisional que cumpliendo los mismos fines que aquél perseguía, parece más acomodada a la realidad", pero, a pesar de ello, lo cierto es que las medidas provisionales respecto a la hija de familia, significan que a esta mujer mayor de edad se le coloca bajo "la custodia" de la persona designada por los padres (art. 1.904 LEC.) o nombrada por el Juez (art. 1.906 LEC.).

La firmeza del artículo 321 parece incombustible. Ni siquiera se le considera afectado por las leyes que reconocen a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo (22 julio 1961 y 26 diciembre 1966).

Ello no obstante, la citada Ley de 22 de julio de 1972, de pronto, inesperadamente, hace desaparecer esa desgraciada y extraña mácula de nuestro Código civil (18). La derogación del artículo 321, rechazada hace veinte años como chocante y hasta escandalosa, se recibe ahora sin crítica ni oposición (19). Síntoma bien expresivo del hondo cambio experimentado en las estructuras sociales.

La nueva ley dispone:

En conformidad con la Ley aprobada por las Cortes españolas, vengo en sancionar:

Artículo 1.^o. Los artículos 320 y 321 del Código civil, quedarán redactados del modo siguiente:

Artículo 320. La mayor edad empieza a los 21 años cumplidos

(18) Los especialistas en Derecho internacional privado gustan ocuparse de las disposiciones de carácter único en el Derecho comparado (p. ej., la derogada figura japonesa del «nyufu», el art. 992 del C. c. holandés); el artículo 321 podía contarse entre ellas, ya que planteaba la cuestión de si un tribunal extranjero lo hubiera aplicado.

(19) Hace veinte años se preguntaba: «¿Precisan las españolas de ataduras y vigilancia que son innecesarias para las mujeres de otras naciones?» Y se añadía: «Sin necesidad de desorbitar así la cuestión, sí cabe decir que el artículo 321, si no justificado, podría explicarse en los días de las dueñas y de las «carabinas», en la sociedad «cursi» descrita por Taboada, resulta hoy anacrónico y fuera de lugar. Más que irritante, por inadecuado, resulta ahora cómico, dada la realidad de la vida social contemporánea.» *Reforma o supresión del artículo 321?*, loc. cit.. 206.

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

Artículo 321. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

Artículo 2.º Quedan derogados el número 3.º del artículo 1.880 y los artículos 1.901 a 1.909 inclusive de la Ley de Enjuiciamiento civil".

Esta Ley de 1972 tiene como finalidad principal la de hacer que desaparezca el antiguo artículo 321, suprimiéndose, así, la excepcional restricción que se imponía a la libertad de la hija de familia de veintiún años cumplidos y menor de veinticinco años. De ella no queda rastro alguno en el Código civil (20).

El deseo de no dejar un hueco en el texto del Código, al suprimirse el contenido del antiguo artículo 321, ha impulsado posiblemente a retocar el texto del Código civil, conforme a lo dispuesto en la Ley de 13 de diciembre de 1943, sobre la fijación de la mayoría de edad civil.

La citada Ley de 1943 olvidó extrañamente la reforma del artículo 320 del Código civil. Se preocupó de ordenar que habían de entenderse referidas a los veintiún años las citas de las disposiciones del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, relativas a los veinte años. Nada dijo sobre el texto del Código civil. De modo, que el texto del Código siguió siendo el de 1889 (mayoría de edad a los veintitrés años), aunque derogado por la Ley de 1943, en virtud del principio "lex posterior derogat anterior".

Ahora, la nueva Ley de 1972 ha corregido el texto mismo del Código, acomodándolo a lo dispuesto en la Ley de 1943, y se sustituye la mención de la edad de los veintitrés años por la de los veintiún años.

El artículo 321 vigente, se utiliza ahora también para recibir el contenido del artículo 2.º de la Ley de 1943; aunque se suprime la última frase del citado artículo ("sea cual fuere la hora de éste", la del nacimiento) por resultar innecesaria.

(20) ¿Con la derogación del viejo artículo 321 ha perdido eficacia el artículo 19, párrafo 2.º y 23 de la Ley de 20 de diciembre de 1952, reorganizador del Patronato de Protección a la mujer?

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

LIBROS RECIBIDOS

- ALONSO OLEA (Manuel). *La aplicación del Derecho del trabajo*. Conferencia... pronunciada ante la V Asamblea de Delegados Provinciales del Trabajo, en Madrid, el 5 de mayo de 1970. Ministerio de Trabajo. Servicio de Publicaciones. Madrid, 1972; 31 págs.
- CRISTÓBAL-MONTES (Angel). *Estudios de Derecho civil*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1970; 235 págs.
- CRISTÓBAL-MONTES (Angel). *La separación de los bienes hereditarios*. Prólogo de José Luis Lacruz Berdejo. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Caracas, 1970; 173 págs.
- ESPÍN (Diego). *Manual de Derecho Civil Español*. Tercera edición. Vol. V. *Sucesiones*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1970; 543 páginas.
- FERNÁNDEZ NOVOA. *La protección internacional de las denominaciones geográficas de los productos*. Editorial Tecnos. Madrid, 1970; 228 págs.
- GERPE GERPE (Manuel). *La potestad del Estado en el matrimonio de cristianos y la noción contrato-sacramento*. Monografías canónicas Peñafort. Núm. 13. Salamanca, 1970; 286 págs.
- GONDRA ROMERO (José M.). *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico jurídico*. Editorial Tecnos. Madrid, 1970; 147 páginas.
- GUGGENHEIM (Daniel). *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé. Essai d'une théorie générale*. Librairie de droit et jurisprudence, 1970; 207 págs.
- LEGUINA VILLA (Jesús). *La responsabilidad civil de la administración pública. Su formulación en el Derecho italiano y análisis comparativo con los ordenamientos francés y español*. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Editorial Tecnos. Madrid. 1970; 300 págs.
- MARTÍN-RETORTILLO. *Libertad religiosa y orden público. (Un estudio de jurisprudencia)*. Editorial Tecnos. Madrid, 1970; 94 págs.
- MARTÍNEZ PEREDA. *El delito de escándalo público*. Editorial Tecnos. Madrid, 1970; 245 págs.
- MONTOYA MELGAR. *Jurisdicción y administración de Trabajo. Extensión y límites de sus competencias*. Editorial Tecnos. Madrid, 1970; 195 págs.
- REAL COLEGIO DE ESPAÑA EN BOLONIA. *La empresa pública*. Edición y prólogo de Evelio Verdera y Tuells. Studia Albornotiana, X. Publicaciones

del Real Colegio de España en Bolonia. Cometa, S. A. Zaragoza, 1970; primer y segundo volumen, 1912 págs.

RUIZ SÁNCHEZ (José). *Del proceso en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1970; 277 págs.

SOTO NIETO (Francisco). *Seguro obligatorio de viajeros*. Revista de Derecho judicial. Madrid, 1970; 326 págs.

R.

BERGSTRÖM, SCHULTSZ, KÄSER: "Garantieverträge im Handelsverkehr". Frankfurt am Main, 1972. Editorial Alfred Metzner. Un volumen de 56 páginas.

En la colección de estudios de la «Sociedad para el Derecho Comparado» alemana, fundada por el ilustre profesor DÖLLE, esta obra viene a hacer el número cincuenta y nueve. En ella se contienen los trabajos del profesor BERGSTRÖM, de la Universidad de Uppsala, del profesor y abogado SCHULTSZ, de Amsterdam y del consejero bancario doctor KÄSER, de Luxemburgo, así como la narración de la discusión habida sobre el tema, hecha por el doctor KÖNIG, durante la celebración del Congreso de Derecho Comparado celebrado en Mannheim, en el mes de septiembre de 1971, referente a los contratos de garantía en el tráfico mercantil.

El estudio del profesor BERGSTRÖM comienza por precisar el alcance y concepto de los contratos de garantía en el Derecho sueco, partiendo de su figura fundamental, cual es la fianza, es decir, no las garantías que se derivan de la responsabilidad personal patrimonial, sino las que se contraen por un tercero. Al dominar en este ámbito negocial amplia libertad contractual, los contratos tienen un carácter atípico y un carácter individual. Nacidos particularmente dentro del tráfico internacional de bienes en las operaciones de importación y exportación para el transporte de las mercancías y los pagos bancarios, han tomado parte en su formación fundamentalmente las sociedades de seguros, los bancos y el propio Estado, con sus seguros de crédito a la exportación, así como con las garantías bancarias para las inversiones de capital extranjero en países subdesarrollados.

Uno de los efectos característicos de estos contratos de garantía, que los distingue de las demás modalidades clásicas de las garantías, es que la relación de accesoriiedad entre la garantía y la deuda principal se quiebra; así ocurre en el ámbito bancario con los contratos de garantía en los que se especifica la cláusula «pago a la primera demanda», donde el banco es el que asume directamente el pago. Con esta cláusula y otras parecidas, el banco trata de evitar las colisiones entre deudor y acreedor interponiéndose para lograr la seguridad del comercio internacional.

En la legislación de los países nórdicos se espera una nueva ordenación del instituto jurídico de la fianza, por lo que se plantea la cuestión de si estos contratos de garantía se incluirán en una nueva ley; el autor cree que no, en vista de la libertad contractual que reina en este ámbito, por lo que concluye que tan solo se llegarán a dar normas de carácter facultativo como medios de ayuda y orientación para las partes. Por otro lado, la práctica bancaria actual como la de se-

guros cuenta con formularios precisos y contratos-tipo que prácticamente resuelven satisfactoriamente esta faceta.

Igualmente, el profesor SCHULTSZ, al examinar las seguridades o garantías para el comercio internacional hace ver la neta distinción de la fianza civil, en la que el garante o deudor es el obligado principal, mientras que en los contratos de garantía que llevan la cláusula «payment on first demand» (pago a la primera demanda), el principal deudor es el Banco, o sea, el garantizante o tercero, con las consecuencias jurídicas que ello implica. En realidad, con el pacto establecido por las partes se ha operado una transformación en la asunción de la deuda pasando del deudor principal al garante la obligación de pago. Esta institucionalización del pago de la deuda, por asumirla entidades de seguro o bancarias de reconocida solvencia internacional, se produce al tratar de llevar al tráfico comercial internacional las mayores seguridades para que se desarrolle fluidamente y evitando pleitos inútiles entre las partes de diferentes países.

Por último, el Consejero bancario KÄSER, bajo el título «Compromisos de garantía como seguridad del tráfico comercial», ofrece las cifras del volumen actual de garantías y fianzas contraídas en la Alemania occidental, como son los 23,8 miles de millones en moneda alemana para 1970, con lo que se destaca la importancia que adquieren. Igualmente, pone de relieve el interés que tienen para la Comunidad Económica Europea, así como para el Comité de las Naciones Unidas (UNCITRAL).

Del mismo modo que los autores anteriores, destaca para el ordenamiento alemán la diferencia que existe entre estos nuevos contratos de garantía con la fianza de derecho civil, al faltarles el carácter accesorio de aquélla, con los resultados que ello comporta para las relaciones jurídicas entre las partes.

El autor también hace un estudio de Derecho comparado de los contratos de garantía referidos a Austria, Suiza, Holanda, Bélgica y Luxemburgo, así como a la Gran Bretaña y a Estados Unidos, explayándose en puntos concretos en cuanto al contenido de estos contratos, su cuantía y moneda de pago.

Finalmente, la obra recoge la redacción del doctor KÖNIG, acerca de las intervenciones habidas por los congresistas participantes, en torno a las diversas cuestiones tratadas por los tres autores anteriores en sus ponencias.

JOSÉ BONET CORREA

CATEDRA “DURAN Y BAS”: Luis Puig Ferrol “El Derecho civil catalán en la jurisprudencia”. Tomo V. Años 1939-1967. Con la colaboración de María Encarna Roca de Laqué. Barcelona, 1970. 815 páginas.

CATEDRA “DURAN Y BAS”: “El Derecho civil catalán en la Jurisprudencia”. Tomo VI. Barcelona, 1970. 181 páginas.

La cátedra «Durán y Bas», dirigida por el profesor Francisco F. Villavicencio, en su seminario, dedicó especial esfuerzo al estudio crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Después, el Consejo de Estudios de la Cátedra estimó conveniente la publicación de una edición crítica de la

jurisprudencia sobre Derecho catalán. Programó al efecto la publicación de cinco tomos, que recogerán las sentencias y resoluciones recaídas durante los años 1860 a 1967; apareciendo las posteriores en tomos sucesivos. Pero se comienza la publicación de la obra por el tomo quinto; por dos razones: por ser el resultado de la labor del seminario y por considerar preferible publicar inmediatamente la jurisprudencia más reciente, que enlaza con la Compilación del Derecho civil de Cataluña.

El tomo V se debe al cuidado de Luis Puig y Ferrol; al final del texto de cada sentencia se hace indicación de los artículos de la Compilación y del Código civil considerados concordantes. Al pie de página se citan, corregidos o aclarados, los textos de los ordenamientos canónico, romano, catalán o jurisprudencia citados en los motivos del recurso y en los considerandos de las sentencias recogidas; tarea realizada por María Encarna Roca de Laqué.

El tomo VI supone un cambio de sistema. Se recogen ocho sentencias a las que se acompañan unos comentarios excelentemente redactados y de gran interés, que merecen la valoración de trabajos monográficos. Son los siguientes, sobre: «Acción de petición de herencia», de Guardia Canela; «Donación entre cónyuges», de Parra Martín; «Capacidad procesal de la mujer casada catalana», de Guardia Canela; «Rescisión por lesión», de Badosa Coll; «La investigación de la paternidad en la Compilación» (R. Dir. gral. R. y N.), por Badosa Coll; «Prohibición que afecta a la mujer casada catalana para afianzar a su marido», de Puig Ferrol; «La usucapión inmobiliaria en Cataluña», de Rebés y Solé, y «Rescisión por lesión *ultra dimidium*», de Parra Martín.

R.

DE LA CAMARA ALVAREZ, Manuel: “Estudios de Derecho mercantil. I. La empresa y el empresario. Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles. Uniones de empresas y sociedades”. Madrid, 1972. Centro de Estudios Tributarios. Dos volúmenes 588 y 559 páginas.

Cuando un jurista formado tiene algo que decir y lo expone con claridad en sus escritos, su contribución resulta muy valiosa para las materias que trata, pues, además de contrastar las instituciones desde los más diversos puntos de vista, aporta una valoración propia de su reflexión, estudio y experiencia. Así sucede con la obra de uno de nuestros más conocidos privatistas —lo que nos excusa de toda presentación— como es DE LA CÁMARA, egregio Notario de Madrid, fino jurista, a la par que dialogador elocuente y publicista diáfano.

Con la honradez intelectual que le caracteriza, creo que bastarían transcribir aquí sus propias palabras e intenciones, expuestas a modo de prólogo en su misma obra, para dar cuenta al lector de su significado, ámbito y alcance. El mismo título que la encabeza, «Estudios de Derecho mercantil», aunque trate de reflejar el carácter eminentemente monográfico con que aborda un conjunto muy amplio de materias, bien puede decirse que alcanza totalmente las más fundamentales y minuciosas cuestiones actualmente planteadas para la empresa colec-

tiva o social, precisamente por haber sido expuestas durante un ciclo didáctico para especialistas con el máximo rigor y profundidad.

No obstante la sinceridad y explicitud del autor para con su propia obra, también hay otras facetas que quisiéramos destacar por la contribución y calidad que implican, así como por su bien sistematizada exposición. Es una obra que sugiere y apasiona, que se lee «de un tirón», que invita al monólogo y a la crítica y, sobre todo, que instruye. Se trata, pues, de la obra de un gran jurista, estudiioso y activo, que después de una gran experiencia notarial en la materia empresarial, se brinda a una exposición didáctica de las cuestiones abordadas para concluir presentándolas sistemáticamente con las excelencias de todo un curso homogéneo y de un tratamiento profundo.

Todavía más, creemos que su obra contiene una especial aportación, cuya ausencia se advierte en una gran parte de nuestros estudios jurídicos, cual es la de lograr, además de una visión completa del aspecto estático o estructural de las instituciones y, aquí en particular de la empresa social (su constitución, modificación y extinción), se incluyen las facetas civil, mercantil, con las repercusiones de los ámbitos laboral, fiscal y administrativo, además de aportar su aspecto dinámico (funcionamiento de la empresa). De aquí el gran valor que contiene su tratamiento al haber logrado una obra que facilita a los juristas, como a los economistas y demás profesionales, tanto el aspecto teórico de las cuestiones más fundamentales y actuales de la problemática de los diversos tipos de la empresa colectiva, como la de su utilidad práctica, en cuanto cumple —como expresa cumplidamente el propio autor— esa función eminentemente informativa de concretar y exponer para cada faceta el Derecho positivo que está vigente y la jurisprudencia que lo interpreta y aplica.

La importancia de este alcance con la postura metodológica del autor, en cuanto al estudio de la empresa social, abarca tanto los ámbitos del Derecho público como del privado, dando el relieve necesario a las actuales posiciones socioeconómicas, así como a los imperativos legales, logrando el pleno sentido de la problemática de las instituciones abordadas; con ello, entiendo contribuye de una manera decisiva a conseguir el más perfilado concepto de empresa, en su expresión más integral, válido para cualquier intérprete que ha de enfrentarse hoy día ante la complejidad de un Derecho económico o de la Economía, de carácter patrimonial privado, aunque enormemente «publificado» por la propia administración económica del Estado.

En esta sólida obra también se sienten los problemas humanos trascendentales, si bien en la dimensión debida, propia de un jurista, como son los correspondientes a los temas de la participación y de la responsabilidad de la empresa colectiva o social. Así, las cuestiones acerca de la coparticipación del capital y el trabajo, la propiedad del capital y la dirección de la empresa, presentan la clave del tratamiento parcial o imparcial de la institución, actualmente enriquecida por esa cuarta dimensión social que vigoriza el Derecho actual y de la que son conscientes nuestros Tribunales y la legislación más nueva.

Además de estas contribuciones fundamentales del autor, hay que destacar las particulares opiniones que vierte en su obra para adherirse, rectificar o aportar en la materia de la empresa colectiva, en general, y de los tipos de sociedades en particular, las cuales, debido a la riqueza de su contenido, no nos es

posible transcribir en una mera recensión, pero que con la lectura de la obra, el especialista las tiene a su mano.

En definitiva, estamos ante la primera parte de una obra, amplia y exhaustiva (en dos volúmenes), lograda y eficaz, que auguramos concluya, y por la que me merece una cumplida enhorabuena.

JOSÉ BONET CORREA

Profesor de Investigación del C. S. I. C.

DESANTES, José María: "La relación contractual entre autor y editor".

Cuadernos de trabajo, 14. Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1970. 298 páginas.

La presión económica y social que en el mundo moderno exacerba la producción y desemboca en el histerismo de la sociedad de consumo, se da también en la esfera de los libros jurídicos. Se publican más y más obras sobre Derecho, se amontonan en la mesa y anaqueles de quien ha de reseñarlas, y el hombre de leyes, que carece de tiempo para hojearlas siquiera, sin posibilidad de «estar al día», ha de consolarse con el pensamiento de que casi ninguna merece la pena de abrirlas. Es por ello el que merezca destacar muy especialmente la aparición del libro de José María Desantes, que viene a reunir las raras condiciones de un gran interés para la práctica y una destaca altura científica.

La obra reseñada llena una laguna de nuestra producción científica. Desde «El contrato de edición o los derechos y obligaciones de autores y editores», de Miguel Lasso de la Vega, el tema parece olvidado, no obstante los cambios ocurridos después de 1949 en la legislación y en la vida española.

Tiene el libro de Desantes el mérito de tratar cuestiones que ha vivido, el de enfrentarlas con buen sentido y, cuando es necesario, con valentía y franqueza; siempre con el buen hacer del jurista bien preparado científicamente.

La obra se desarrolla conforme a un adecuado sistema. Comienza por «el acotamiento de las relaciones entre autores y editores», para precisar el concepto y las fuentes jurídicas del contrato de edición. Examina después «los elementos constitutivos del contrato de edición», en especial el consentimiento de los contratantes, el objeto (derecho de autor) y la causa del contrato de edición. Pasa después a estudiar «las vicisitudes de la relación jurídica editorial», el precontrato de edición, su perfección, interpretación y consumación. La parte central del libro está dedicada al «contenido del contrato», a las obligaciones del autor y del autor en virtud del contrato de edición; estudio que se completa con el capítulo sobre «las condiciones especiales y las situaciones posibles». Termina la obra con un capítulo consagrado a «la extinción de la relación editorial» (1).

(1) El aspecto económico, preponderante en el contrato de edición, no ha hecho descuidar el significado tan personal del derecho de autor y, en repetidas ocasiones se trata del derecho moral de autor.

Parece oportuno, decir, con ocasión de esta reseña, que José M.^a Desantes en su trabajo «Intimidad e información, derechos excluyentes» (*Nuestro Tiempo*, núm. 213), nos anuncia un libro acerca del artículo 2.^o de la Ley de Prensa

La especialidad del contrato de edición ha sido bien destacada. Se le define como «aquel en cuya virtud el titular de un original, susceptible de propiedad intelectual y convertible en libro, confiere a un editor, normalmente mediante precio, la facultad de publicarlo a sus expensas, con fin o no de lucro». Los derechos y obligaciones que nacen de dicho contrato originan una relación jurídica, a la que se califica de atípica, en cuanto no encajable en ninguno de los tipos regulados por las leyes. Está, por ello, entregada a la autonomía de las partes, en la más amplia medida, sin otras restricciones que las generales del Código civil y las especiales de las disposiciones sobre propiedad intelectual y sobre prensa e imprenta.

La existencia de la laguna legal señalada se trata de colmar con las «Recomendaciones para tener en cuenta en la redacción del contrato de edición», publicadas en 1965 por el Instituto del Libro Español. La Comisión delegada especial del Instituto, conforme a las Recomendaciones, designa una ponencia paritaria de editores y autores, cuyo dictamen, aceptado por dicha Comisión y el Consejo de administración del Instituto, será la base de unas «Normas para la redacción de los contratos de edición»; las que dicen serán «a las que habrá de atenerse todo contrato de edición al que las mismas se refieran y que se estipule entre los editores sometidos a la jurisdicción del I. N. L. E. y los autores de libros y con carácter obligatorio para todos los asociados».

El autor nos dice, con razón, que el tema más importante que ellas suscitan es el de la pretendida obligatoriedad de esas «*Normas*». Lo resuelve con claridad y con argumentación, me parece, intachable. Dice:

«Las *Normas* pueden ser una guía de base para manejarse los no peritos en Derecho. Pero nunca prosperaría una demanda basada en el hecho de que los contratantes han prescindido de ellas. Por una parte, por la falta de generalidad de los preceptos estatutarios, ni siquiera publicados en un diario oficial como la más humilde resolución. Por otra, porque dichos preceptos obligan a los asociados en cuanto afecten a la organización y funcionamiento del Instituto, pero no pueden derogar el principio general y legal de la libertad de contratación de sus asociados y mucho menos pueden condicionar la actuación jurídica de otras personas no asociadas. Es decir, las *Normas* del I. N. L. E., jurídicamente siguen teniendo carácter de *recomendaciones*».

Al lector avisado no se le escapará el largo alcance de la cuestión planteada; ella excede con mucho a la relación editorial y a los poderes exorbitantes que se atribuye el Instituto Nacional del Libro con sus *Normas*. Se enfrenta con esa floración monstruosa de pseudo-leyes, desordenadamente promulgadas «porque sí», por variadas agrupaciones gremiales. Curioso fenómeno de regresión a los tiempos decadentes del feudalismo; ciertos grupos tratan de imponer e imponen de hecho las reglas que más convienen a sus intereses egoístas, sin consideración y en contra de la libertad de la contratación y del bien común. En la mayoría de los casos, en contra de la letra y del espíritu de la Ley sobre Represión de las prácticas restrictivas de la competencia. Es de esperar que la prudente y razonada opinión de José María Desantes tenga el eco que ella merece.

R.

• Imprenta; disposición en la que se habla de «la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar».

INSTITUT DE DROIT COMPARE, ASSOCIATION YOUGOSLAVE DE DROIT COMPARE: "Rapports nationaux yougoslaves au VIIIº Congrés international de Droit Comparé". Pescara, 29, VIII-5, IX. 1970. Beograd. Terazije. 1970. 224 páginas.

La publicación de esta serie de trabajos heterogéneos ofrece el especial interés de permitirnos observar la postura de los juristas yugoslavos, en el trance de la evolución de su vida social y económica.

Sobre Derecho privado tratan: Gaber, «Una contribución a la cuestión de las fuentes jurídicas escritas y no escritas»; Spaic, «Copropiedad por departamentos y copropiedad horizontal»; Toroman, «Contrato tipo y contrato de adhesión»; Smirnov, «La responsabilidad por daños resultantes de los vuelos supersónicos»; Prica, «Know-how en el Derecho yugoslavo»; Arandolovic, «Las medidas en vista de la adecuada utilización de los terrenos agrícolas».

Sobre Derecho del trabajo: Radovan, «Suspensión e interrupción del contrato de trabajo».

Sobre Derecho político: Simovic, «La interpretación de la constitución»; Mirkovic, «Las relaciones entre las comunidades religiosas y el Estado en la R. S. F. de Yugoslavia»; Cök, «Los límites a la libertad de información (prensa, radio, cinematógrafo, televisión)».

Sobre Derecho administrativo: Derpot, «La motivación de los actos administrativos».

Sobre Derecho penal: Zlataric, «El principio de territorialidad en Derecho penal»; Dordevic, «El estado de necesidad».

Sobre Derecho procesal: Durovic, «La reglamentación de los conflictos por los órganos no judiciales ni de arbitraje»; Poznic, «Procedimiento escrito y procedimiento oral»; Lazarevic, «El derecho a la asistencia del abogado durante el procedimiento».

Sobre Derecho internacional privado: Mitrovic, «El exequatur de las sentencias extranjeras en Yugoslavia»; Katicic, «El campo de aplicación de las reglas uniformes de Derecho privado material».

Buena prueba del señalado interés del momento en que se encuentra la doctrina jurídica yugoslava es el estudio de Gaber. ¿Cómo armonizar las tesis del marxismo con la realidad social yugoslava? La fuente material del Derecho se identifica con las fuerzas dominantes concretas, *esencialmente con la clase dirigente y sus intereses históricos*. Mas en el vivir yugoslavo tuvo y sigue teniendo gran importancia la costumbre. De ahí la necesidad de explicarse la distinción entre Derecho escrito y Derecho no escrito. Lo que lleva a pensar que la fuente material del Derecho (clase dirigente) ha de separarse relativamente de los hechos sociales generales (que se encuentran en el nivel histórico que alcanza en el desenvolvimiento de la base material de la sociedad) y de las causas de la creación de la base material de la sociedad (causas que imponen, como tendencia, la existencia y la evolución de los hechos sociales generales). Se llega así a las fuentes materiales (no escritas) del Derecho (de la clase dirigente), por el análisis de los hechos sociales existentes y de las causas *objetivas* de la creación de las fuentes jurídicas materiales (causas que se refieren a los intereses de la clase dirigente)».

El esfuerzo constructivo de Gaber no llega a superar todas las dificultades. Reconoce que ni la clase dirigente, ni aún menos el Estado, pueden explicar por ellos mismos la necesidad del Derecho. Esta la encuentra, al fin, en la necesidad de reglamentación de las relaciones sociales. Admite, además, que la estructura interna de cada clase, incluso la de los dirigentes, no es homogénea y resistente a influjos externos. Los creadores de fuentes jurídicas escritas pretenden conseguir, sin diferencias notables en la conducta de los hombres, los paliativos necesarios para el existir de cada día. La técnica de los creadores de las fuentes jurídicas escritas reposa generalmente en su convicción de contribuir así a un conocimiento profundo de las leyes sociales objetivas.

R.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo: "Derecho de Familia", tomo I, "El matrimonio como acto jurídico" (con la colaboración de Marta Laredo); Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, 476 páginas.

Se trata de una obra sorprendentemente clásica desde diversos puntos de vista. Ante todo por la paladinamente confesada fe iusnaturalista de su autor, quien ya desde el prólogo anuncia su propósito de «mostrar con la mayor claridad la gravitación del derecho natural»; posición que se mantiene coherentemente a lo largo de todo el libro en puntos clave como el del sistema matrimonial, limitación de natalidad, divorcio, concubinato, etc. Obra clásica también por el desarrollo sistemático dado a la misma, constando de una Introducción sobre el Derecho de familia y de seis capítulos más dedicados, respectivamente, al matrimonio, a los sujetos del acto jurídico matrimonial, al consentimiento, a sus vicios, a la forma, y a la inexistencia y nulidad. No son desdeñables por último, sus excelentes dotes didácticos, claridad dispositiva y fácil sistematica, que permitirán a los alumnos una fácil comprensión del pensamiento de su autor.

Un repaso de las opiniones del autor nos convence de la solidez de sus posiciones doctrinales en puntos tales como la pertenencia del Derecho de familia al Derecho civil (p. 14), la indisolubilidad del matrimonio como perteneciente a la esencia de la institución considerada en el plano del derecho natural (p. 97 ss.), el valor radical del consentimiento que le lleva a aceptar la relevancia de la simulación (p. 192 ss.), la función de la forma solemne que responde a necesidades de certeza, de seguridad, de publicidad del vínculo y de conveniencia social (p. 255), el papel del oficial público que concurre a la celebración que es «similar a la del escribano en los actos respecto de los cuales la escritura pública tiene el carácter de forma solemne» (p. 259).

Cabe destacar asimismo la posición crítica del autor respecto al sistema matrimonial argentino, el cual puede calificarse de matrimonio civil obligatorio e indisoluble, a excepción del período comprendido entre el 14 de diciembre de 1954 y el 1 de marzo de 1956. A su juicio, tal sistema es atentatorio a la libertad de la Iglesia y a las costumbres nacionales, y propone sustituirlo por el régimen del matrimonio civil optativo o facultativo. Estima que buen número de matrimonios civiles argentinos se contraen bajo la condición de posterior celebración religiosa aceptada por ambos cónyuges (p. 313 ss.).

También es neta su postura ante el concubinato, tratado con alguna extensión en la obra (p. 315-328). A juicio de Mazzinghi debe sentarse el principio de que la relación concubinaria no puede ser nunca fuente de derechos, ni causa de beneficios para quienes la sostienen, pero puede funcionar como factor determinante de obligaciones respecto de terceros; propugna medidas legales indirectas para combatir el concubinato, tales como la de facilitar la celebración del matrimonio, regulando muy cuidadosamente los impedimentos, simplificando los trámites para contraerlo y fomentando la legislación social encaminada a proteger el matrimonio.

Otros puntos secundarios pueden destacarse: admisión de la *lex loci contractus* para regular la capacidad, una razonablemente amplia concepción de error como vicio del consentimiento, la admisión del dolo, la aceptación de la categoría de inexistencia del matrimonio con referencia exclusiva a la identidad de sexo y a la falta absoluta de consentimiento, y la admisión de nulidades virtuales.

En cuanto a información bibliográfica, además de la doctrina nacional e hispanoamericana, cabe señalar las citas frecuentes de autores franceses (Planiol, Rippert, Josserand, Colin, Capitant, Savatier, Carbonnier, Mazeaud), italianos (Cicu, Jemolo), no faltando la doctrina española, incluso más reciente (Castán, Puig Brutau, Montero, Castro, Maldonado, Moreno Mocholi). Es lástima que el autor desconozca la última evolución de la legislación española sobre la interpretación del sistema matrimonial en relación con la Ley de libertad religiosa, y que le hubiera impedido calificarlo, sin más, de subsidiario (p. 309).

En resumen: un excelente Manual de corte clásico y tradicional sobre Derecho de familia, del que esperamos vean pronto la luz los volúmenes sucesivos.

El autor es profesor titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontífica Universidad Católica Argentina «Santa María de los Buenos Aires», y su colaboradora es profesora adjunta de la misma Facultad.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

MENENDEZ HERNANDEZ, José: "Estudio de la legislación hipotecaria de Guinea. Su único procedimiento inmatriculador. Editora Nacional. San Agustín, 5. Madrid, 1970. 357 páginas.

Este estudio tiene interés, en sí mismo, por las particularidades del Derecho inmobiliario establecido en Guinea Ecuatorial, en todo aquello que separándose del sistema hipotecario español ha recogido ideas del sistema australiano; es decir, en lo referente a las reglas sobre concesiones y certificados de inscripción. Ha conservado, no obstante la independencia de Guinea, su actualidad, dada que la disposición transitoria 2.^a de la Constitución de la República de Guinea Ecuatorial dispone: «La legislación en vigor en Guinea en el momento de la independencia, que no contradiga lo establecido expresamente en esta Constitución, continuará vigente mientras no sea derogada o modificada por las instituciones guineanas competentes».

R.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: "Aportación de la sentencia del Tribunal de La Haya en el caso Barcelona Traction (5 de febrero de 1970) a la jurisprudencia internacional". Cuadernos de la Cátedra "J. B. Scott". Universidad de Valladolid. 1970. 144 páginas.

El asunto de la «Barcelona Traction» ha gozado de la máxima publicidad, ha dividido a los juristas de España y de fuera de nuestro país y ha enfrentado en discusión de insólito apasionamiento a los hombres de leyes. Es, por ello, muy de agradecer el estudio del profesor Miaja de la Muela, en el que se esfuerza —y en lo posible lo ha logrado—, en darnos una versión objetiva de la cuestión y de la sentencia del Tribunal internacional de Justicia.

Como es sabido, este Tribunal no se enfrentó con los complejos problemas de fondo planteados y se desembaraza del asunto negando *ius standi* a Bélgica para demandar a España por una pretendida denegación de justicia a una sociedad de nacionalidad canadiense («Barcelona Traction»); no decide, por tanto, sobre lo más discutido en el pleito, la conducta de los tribunales españoles y su interpretación de nuestras leyes.

El profesor Miaja de la Muela, al estudiar la sentencia del Tribunal internacional de Justicia ha sabido poner de relieve lo que ella tiene de interés general —y no sólo para los internacionalistas—, comentando con claridad y acierto sobre ciertos puntos que importan, y mucho, a los cultivadores del Derecho civil. Así, pueden señalarse, los referentes a las fuentes del Derecho, en especial sobre la jurisprudencia y la equidad, los relativos a la distinción entre derecho subjetivo e interés y, sobre todo, los tan discutidos respecto a la significación de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, protección de los derechos de los accionistas y defensa de las inversiones de capitales nacionales en país extranjero.

R.

RIVERO YSERN, Enrique: "La interpretación del contrato administrativo", Sevilla, Instituto García Oviedo, de la Universidad, 1971 (128 págs.)

La interpretación es la tarea principal del jurista. Su vivir discurre en la faena cotidiana de aprehender el significado de reglas jurídicas generales o individuales. Los principios generales del Derecho, las leyes, las costumbres y los usos, las sentencias, los negocios jurídicos privados, los pactos colectivos o convenios de grupo, los actos y contratos administrativos, los tratados internacionales, los concordatos del Estado con la Iglesia, son portadores de reglas cuyo sentido y alcance hay que desentrañar para aplicarlas y resolver los conflictos intersubjetivos de la conducta humana. Un profesional del Derecho se pasa la vida interpretando normas jurídicas, como un músico se la pasa interpretando partituras con pautas o normas musicales.

Pero la operación hermenéutica tiene en el Derecho una especial técnica que se diversifica según la naturaleza o tipo de las reglas sobre que incide. No es lo mismo, por ejemplo, interpretar la regla interindividual (*lex privata*) originada por un contrato civil o mercantil que interpretar la regla dictada

por la Administración Pública y aceptada por un particular, contenido del contrato administrativo.

Con buen método, el Dr. Rivero arranca en su investigación de un correcto planteamiento de la problemática interpretativa según la Teoría General del Derecho. Traza seguidamente una panorámica de la interpretación del contrato administrativo en los siglos xix y xx, llegando a la importante conclusión de que no se pueden trasplantar sin más a aquélla las normas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil.

La parte más sustanciosa del libro la dedica el autor al planteamiento de una teoría específica sobre la interpretación del contrato administrativo a través del análisis de sus elementos subjetivos y objetivo. A su juicio, la interpretación del contrato administrativo debe realizarse con una técnica distinta de la del contrato privado: aquél puede ser interpretado unilateral y ejecutoriamente por la Administración, haciendo uso de una "prerrogativa interpretativa", que no es simple privilegio procesal consecuencia del acto previo, sino que obedece a razones más profundas, pues se trata de una facultad exorbitante de la Administración en función del interés público que realiza el contrato administrativo. Por supuesto, cabe, posteriormente, una interpretación en vía revisora por los Tribunales Contenciosos.

El interés público se presenta, por tanto, como principio básico en la interpretación del contrato administrativo. A la luz de este principio, Rivero Ysern descubre las normas o criterios "administrativos" para interpretar el contrato administrativo.

En cuanto al problema de la aplicabilidad de las normas interpretativas de los artículos 1.281-1.289 C. c. al contrato administrativo, contra la tesis afirmativa mantenedora de que tales normas entran en juego, incluso prevaleciendo sobre las reglas interpretativas típicamente administrativas, entiende Rivero que deben ser utilizadas "tácticamente" para esclarecer el verdadero significado y alcance de los contratos administrativos: siempre supletoriamente a las de carácter administrativo y con ciertas correcciones impuestas por la naturaleza del contrato a interpretar.

Y, efectivamente, en el contrato administrativo la Administración participa investida de *imperium*, con poderes que la sitúan en todo caso en posición exorbitante del Derecho común, y superior, por tanto, a la situación jurídica del particular que con ella contrata. Aplicar íntegramente y sin matizaciones las reglas de los artículos 1.281 y sigs. del Código civil al tráfico contractual de las Administraciones Públicas supondría la quiebra de la prerrogativa que éstas ostentan de interpretar unilateral y ejecutoriamente sus contratos siguiendo el principio básico del interés público.

El contrato administrativo es un especial contrato de adhesión. El contrato que la Administración impone al contratista vincula igualmente al órgano administrativo que lo celebra, el cual se encuentra con fórmulas pre establecidas de manera general (contrato tipo) por una autoridad que a menudo es jerárquicamente superior.

De suerte que en esta materia hay que atender más al sentido objetivo, legal, del obrar administrativo, que a la intención psicológica del funcionario del que emana la *lex contractu* y a la del particular que se limita a aceptarla.

La interpretación del contrato administrativo no tanto se rige por un criterio subjetivo, fundado en la autonomía de la voluntad, como sobre todo por un criterio objetivo, basado en la específica configuración legal del contrato.

Por eso, en general, nos parecen acertadas las matizaciones o correcciones que Rivero Ysern propone para aplicar las reglas interpretativas de los artículos 1.281-1.289 C. c. al contrato administrativo.

El libro termina con el estudio de las fases del procedimiento para la interpretación del contrato administrativo, tras de haber expuesto lo referente a su "interpretación técnica" o facultativa.

Obra interesante y novedosa, en suma, de gran rigor teórico y proyección práctica, que por sí sola serviría para acreditar a su autor como un administrativista de cuerpo entero, si para ello no bastaran ya sus anteriores libros sobre el deslinde administrativo, régimen jurídico de la radiodifusión y el Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares, todos ellos publicados por el Instituto García Oviedo, de la Universidad de Sevilla, que con tanto acierto y logrados frutos dirige el profesor Clavero Arévalo.

JUAN B. JORDANO BAREA
Catedrático de Derecho civil
de la Universidad de Sevilla

REVISTAS

Por Antonio Manuel MORALES MORENO

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

COMPORTI, Marco: *Formalismo e realismo in tema di Diritto soggettivo*, RDDC, septiembre-octubre de 1970, págs. 435-482.

Las diversas concepciones que se han ido produciendo en torno al derecho subjetivo son un reflejo de las concepciones sociales, políticas y culturales dominantes en cada época. El autor lleva a cabo un ensayo de reconstrucción del concepto de derecho subjetivo en estrecha conexión con la nueva realidad social europea.

IRTI, Natalino: *Sul concetto di titolarità*, RDDC, noviembre-diciembre de 1970, págs. 501-531.

Crítica del concepto jurídico de titularidad realizado sobre la base de la persona física y de la relación obligacional, en tanto en cuanto no cabe hacer una distinción entre la persona y la obligación. Aquélla no se encuentra fuera de ésta, sino que es una simple referencia de la acción debida.

RANIERI, Filippo: *Exceptio temporis e replicatio doli nel diritto dell'Europa continentale*, RDDC, mayo-junio de 1971, págs. 253-330.

Estudio de Derecho comparado sobre la tendencia generalizado tanto en los ordenamientos germánicos como en los latinos a apreciar la "exceptio doli" frente a aquella parte que pretende valerse de una prescripción o de una caducidad cuando con su comportamiento ha impedido la actuación de la otra parte en los plazos establecidos.

RECASENS SICHES, L.: *La naturaleza del pensamiento jurídico*, RGLJ, año CXX, núm. 2, febrero de 1971, págs. 159 a 202.

El estudio que se ofrece, según palabras del propio autor, ofrece un análisis de lógica material del Derecho, es decir, de la lógica concerniente a los contenidos de las reglas legales y de las decisiones de los tribunales y de los funcionarios administrativos.

Todos los ataques críticos contra el empleo de la lógica tradicional de tipo matemático-físico en el campo del Derecho han puesto en evidencia que el uso del tal lógica en materia jurídica, cuando no resulta catastrófico por las injusticias y estupideces que produce, resulta por lo menos inútil e intranscendente.

La lógica de lo razonable, que se propone, se ofrece como lógica que se inspira en la razón proyectada sobre los asuntos humanos; es una lógica que está permeada por puntos de vista axiológicos, por conexiones entre valores y fines, por relaciones entre fines y medios, y que además aprovecha las lecciones de la experiencia histórica, las lecciones que se derivan de lo vivido, y que se inspiran en la consideración de los problemas prácticos que demandan tratamiento justo y eficaz.

WIEACKER, Franz: *Dalla storia del Diritto alla teoria dell'interpretazione*, RDDC, julio-agosto de 1970, págs. 301-308.

Breve exposición del pensamiento filosófico-jurídico, de Emilio Betti, pronunciada el 6-IV-1970 en la Universidad de Camerino en conmemoración del ilustre jurista italiano.

2. Derecho de la persona

FABIANI, Mario: *Problemi giuridici dell'opera cinematografica incompiuta*, RDDC, julio-agosto de 1970, págs. 348-383.

Tras una delimitación del concepto de obra cinematográfica inacabada, el artículo se centra en la aplicación del derecho al inédito con respecto a este caso.

3. Derechos reales

BONET CORREA, José: *La propiedad de pisos en la legislación española*, RGLJ, año CXX, núm. 4, abril 1971, págs. 451 a 484.

Se estudia el tema desde el plano legal y el doctrinal, tomando posición crítica al entender la propiedad horizontal como un derecho de copropiedad.

COMPORTI, Marco: *Note sulla usucapibilità delle servitù coattive*, RDDC, mayo-junio de 1971, págs. 331-344.

Se mantiene, en contra de la doctrina y la jurisprudencia dominantes, la posibilidad de adquirir por usucapición una servidumbre forzosa (es decir, regulada por las mismas normas), frente a la necesidad defendida por aquéllas de considerarla en todo caso como una servidumbre voluntaria, aunque análoga a alguna de las forzosas (y, consecuentemente, sometida a la normativa de las voluntarias).

RESCIGNO, Pietro: *Per uno studio sulla proprietà*, RDDC, enero-febrero de 1972, págs. 1-67.

Se estudia la propiedad en relación con los textos constitucionales, su función social, los diversos tipos de sociedad, la propiedad colectiva y la personalidad jurídica, la propiedad y la tutela de la personalidad, la empresa...

4. Obligaciones y contratos

COSTANTINO, Michele: *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*, RDDC, enero-febrero de 1972, págs. 68-97.

El autor pone de relieve como una auténtica protección de los particulares en los contratos de adhesión tendrá que fundarse no en una valoración formal del consentimiento, sino en una valoración normativa de las conductas normativas que han llevado a dicho consentimiento.

CRISTÓBAL-MONTES, Angel: *La regla "Donner et retenir ne vaut" y los Códigos civiles de Francia, Italia y España*, RGLJ, año CXX, núm. 4, abril 1971, págs. 485 a 557.

Se estudian los antecedentes de la regla en el Derecho francés, exponiéndose asimismo la posición adoptada en cuanto a ella en los códigos frances, italiano y español, reconociéndose que éste excluye la vigencia de la misma.

GIRINO, Franco: *Fideiussione e scadenza dell'obbligazione principale*, RDDC, septiembre-octubre de 1971, págs. 544-576.

Se estudia la conducta que ha de tener el acreedor al producirse el vencimiento de la obligación para que se produzca la "perpetuatio obligationis" frente al fiador.

GÓMEZ CALERO, Juan: *El contrato de arrendamientos de minas*, RGLJ, año CXX, núm. 1, enero 1971, págs. 27 a 96.

Presentado como una variedad del arrendamiento de cosas, se estudia en torno al mismo, el ordenamiento sustantivo, normas procesales y régimen fiscal. En el ordenamiento sustantivo se trata el concepto, naturaleza jurídica, elementos, derechos y obligaciones de arrendador y arrendatario, extinción.

5. Derecho de familia

IZQUIERDO, Elías: *El abogado ante la separación de hecho*, RGLJ, año CXX, núm. 6, julio 1971, págs. 781 a 840.

Aunque para la Ley no existe la separación de hecho, considera el autor un deber de la doctrina y de una flexible jurisprudencia hallar soluciones legales a la situación real de la separación de hecho, y en esta línea ofrece algunas.

6. Derecho de sucesiones

MOSCHELA, Raffaele: *Autonomia e universalità della petizione ereditaria*, RDDC, julio-agosto de 1970, págs. 309-322.

El autor considera que la autonomía y la universalidad de la "petitio hereditatis", caracteres ambos mantenidos por la jurisprudencia italiana, pueden combinarse con el carácter personal de la acción, en cuanto dirigida contra quién, ocupando situaciones jurídicas propias del causante, haya usurpado el puesto que correspondía al heredero, y consecuentemente encaminada indirectamente a la restitución de bienes así conseguidos, como medio para reintegrarse plenamente en la condición de heredero.

SALANITRO, Niccolò: *Fallimento dell'imprenditore defunto e concorso tra creditori ereditari e creditori dell'erede*, RDDC, noviembre-diciembre de 1970, págs. 532-588.

La quiebra del comerciante fallecido en el caso de aceptación normal de la herencia plantea graves problemas, por lo que se refiere a la posición jurídica respectiva de los acreedores del causante y de los acreedores del heredero. Este es el tema del trabajo. Previamente se determinan los requisitos de la declaración de quiebra y sus efectos en este supuesto.

III. DERECHO MERCANTIL**2. Comerciante y sociedades**

GRAZIOSI, Stefano: *Sulla responsabilità del titolare dell'azienda per i debiti contratti dall'usufruttuario o dall'affittuario*, RDDC, julio-agosto de 1970, págs. 323-347.

El autor mantiene una postura contraria a la responsabilidad del titular de la empresa con respecto a las deudas contraídas por el usufructuario o por el arrendatario de la misma, sobre la base del artículo 2.560 del Código civil italiano.

SANTINI, Gerardo: *Le teorie sull'impresa*, RDDC, septiembre-octubre de 1970, págs. 405-434.

Estudio crítico de los intentos de reconstrucción del concepto de empresa llevados a cabo tanto por los civilistas como por los laboralistas al intentar superar las concepciones mantenidas al respecto por la doctrina mercantilista.

3. Cosas mercantiles

D'ALESSANDRO, Floriano: *Fattispecie e disciplina del titolo azionario*, RDDC, septiembre-octubre de 1971, págs. 501-543.

El autor defiende la pertenencia de las acciones a la categoría de los títulos valores, a pesar de sus peculiaridades frente a los títulos de crédito propiamente dichos, y la consecuente aplicación a las mismas de la disciplina propia de los mismos.

4. Obligaciones y contratos

PASETTI, Giulio: *Impresa dominante e rescissione*, RDDC, mayo-junio de 1971, págs. 345-355.

El artículo 86, apartado a) del Tratado de Roma prohíbe a las empresas dominantes la imposición de precios y condiciones inicuos cuando tal práctica abusiva pueda perjudicar el comercio entre los Estados miembros de la Comunidad Europea. El autor relaciona dicha prohibición con la aplicación de la acción de rescisión a los contratos afectados por la misma.

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

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).

BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.

ODA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

CLJ = The Cambridge Law Journal.

CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).

DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).

DM = Derecho (Medellín, Colombia).

ED = Estudios de Derecho (Antioquía).

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

- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RFL = Revista del Foro (Lima).
RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
RISG = Rivista Italiana per la Scienze Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlin).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commerciael (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensk Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
José María CHICO Y ORTIZ:
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

CANCELACIÓN.—NO PROcede LA CANCELACIÓN DE INSCRIPCIONES EN FAVOR DE TERCEROS PROTEGIDOS POR LA FE PÚBLICA REGISTRAL SIN PREVIO CONSENTIMIENTO DE SUS TITULARES O EN CASO DE SENTENCIA FIRME EN EL PROCEDIMIENTO CORRESPONDIENTE. (Resolución de 28 de enero de 1970, *Boletín Oficial del Estado* del 12 de febrero de 1970).

Hechos.—Como consecuencia de la adjudicación en pública subasta, por escritura otorgada el 12 de agosto de 1959 ante el Notario D. Antonio Alvarez Cienfuegos y Brocano, el Ayuntamiento de Villanueva de la Serena vendió por mitad en proindiviso a don José Señor García y don Manuel Lanuza Gutiérrez un solar señalado con el número ocho de la calle de San Francisco. El precio fijado fue el de 845.000 pesetas en que se estimaba el valor correspondiente a la pavimentación de 4.806 metros cuadrados de las calles de la ciudad que señalaría el Ayuntamiento, debiendo comenzar dichas obras dentro de los tres meses siguientes a la terminación del alcantarillado de las calles objeto de la pavimentación, terminándose en el plazo de un año. Aparte de ello, en el pliego de condiciones que sirvió para la subasta se imponía al adjudicatario la obligación de construir en el solar vendido, en el plazo de cuatro años, un cine, un hotel, piscina, viviendas y otros servicios.

Dentro del plazo convenido se construyó sobre parte del solar —y previa segregación que formó la finca 18.120 del Registro—, solo un bloque compuesto de ocho viviendas y dos locales comerciales y, posteriormente, fue dividido horizontalmente en diez fincas señaladas con los números 18.157 a 18.166, que fueron vendidas a diferentes compradores, quienes a su vez solicitaron y obtuvieron a favor del Banco Hipotecario de España préstamos sobre las mismas. Uno de los compradores del solar, don José Señor García, falleció el día 10 de diciembre de 1962, haciendo constar en el Registro sus herederos los derechos que les correspondieron.

Al no ser cumplido por los primitivos compradores del solar las demás obligaciones que se les impusieron, el Ayuntamiento declaró resuelto el contrato en virtud de acuerdo tomado en sesión extraordinaria celebrada el 28 de mayo de 1965. Contra dicho acuerdo se interpuso por los adjudicatarios ante la Audiencia Territorial recurso contencioso-administrativo, que terminó con sentencia favorable al Ayuntamiento y que fue confirmada por otra del Tribunal Supremo de fecha 9 de junio de 1967. Presentados estos documentos en el Registro de la Propiedad, junto con una instancia del Alcalde de Villanueva de la Serena en la que se solicitaba la cancelación de la

inscripción de venta de los primitivos compradores y de los que traigan causa de la misma, fue denegada por el Registrador en los términos que diremos.

El Registrador, en su calificación, y ante las peticiones que se le formulan en la instancia, deniega en su extensa nota lo solicitado distinguiendo la reversión de terrenos no edificados y los edificados:

Terrenos no edificados.—Se trata de la parte de finca que quedó después de la segregación realizada y que fue vendida inicialmente a los señores Lanuza y Señor. En cuanto a esta finca no se accede a practicar operación alguna, toda vez que con fecha 18 de abril de 1968 se practicó la inscripción cuarta a favor del Ayuntamiento y que continúa vigente. Inscripción que se practicó en su día a virtud de una instancia similar a la precedente ahora presentada y de los demás documentos necesarios al efecto.

Terrenos edificados.—No se accede a practicar las cancelaciones pedidas en base de los siguientes argumentos:

1. No se procede a la cancelación de la inscripción primera de la finca que por segregación pasó a ser la 18.120, porque: a) Dicha inscripción ha quedado extinguida por su posterior división total en régimen de propiedad horizontal. b) Porque refiriéndose dicha inscripción a hechos de naturaleza física y no a negocios jurídicos, le sería aplicable la causa de cancelación del número 1.^º del artículo 79 de la Ley Hipotecaria, causa que evidentemente no se ha producido, no siendo de aplicación al caso los números 3 y 4 del citado artículo. c) Tampoco resulta de aplicación el número 2 del artículo 79, ya que el derecho inscrito no se ha extinguido, sino que, después de efectuarse la división horizontal, se han transferido e inscrito a favor de otras personas, lo que supone también la extinción de la inscripción que nos ocupa.

2. No ha lugar a la cancelación de las inscripciones primeras de las fincas 18.157 a 18.166, originadas por la propiedad horizontal, por los mismos motivos de las letras b) y c) del apartado anterior.

3. Se deniega la cancelación de las inscripciones segundas de las fincas 18.157 a 18.166 de hipoteca a favor del Banco Hipotecario de España, por las siguientes razones: a) Porque su resolución se pretende como repercusión de la resolución o rescisión del contrato celebrado entre el Ayuntamiento y los señores Lanuza y Señor, resolución declarada en vía administrativa, confirmada por la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo en su Sala de lo Contencioso-Administrativo; más para que el fallo administrativo confirmado pudiera tener efectividad contra terceros interesados, hubiera sido menester el requerimiento a los mismos, a efectos de su personación y defensa, como prescribe el número dos del artículo 296 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, lo que no se ha hecho. b) Porque el Ayuntamiento acordó permitir la constitución de la hipoteca en sesión de 31 de octubre de 1961 y aparece en la inscripción extensa de la finca 18.157.

4. No ha lugar a la cancelación de las inscripciones terceras de las fincas 18.158 y 18.165 de herencia a favor de los hijos de Don José Señor García, por los siguientes motivos: a) Porque son de obvia inaplicación al caso los números primero y cuarto del artículo 79 de la Ley Hipotecaria y asimis-

mo su número tercero, ya que el título en cuya virtud se han hecho, el de herencia, no ha sido declarado nulo. b) Por análogas razones expuestas bajo la letra c) del apartado primero de esta nota.

5. Se deniega la cancelación de las inscripciones cuartas de las fincas 18.158 y 18.165^j y tercera de las fincas 18.157, 18.159 a 18.164 y 18.166, de venta de los locales y pisos a favor de los respectivos terceros adquirentes, por idénticas consideraciones a las expresadas bajo la letra a) del apartado tercero de esta nota.

6. Se deniega la cancelación de las inscripciones cuartas de las fincas 18.157, 18.159 a 18.164 y 18.166, de herencia de precio aplazado por fallecimiento de don José Señor García a favor de sus cinco hijos, porque se trata de la sucesión en un derecho que si alcanza a tener constancia registral es en función de un elemento o cualidad accidental y accesorio de garantía real, como es su configuración como condición resolutoria explícita, pero que no alcanza a cambiar la naturaleza principal de carácter personal del derecho al cobro del precio aplazado, que corresponde al vendedor por su simple condición contractual, con independencia del derecho dominical, más o menos perfecto o consolidado, que tuviere sobre la cosa vendida (e incluso aunque no tuviese ninguno, puesto que en nuestro Derecho se admite la venta de cosa ajena); y en el caso presente dicho derecho contractual del vendedor (o sus herederos) no se ha extinguido ni resultan tampoco de aplicación las demás causas de cancelación del artículo 79 de la Ley Hipotecaria.

7. Se deniegan las inscripciones solicitadas a favor del Ayuntamiento de las diez fincas números 18.157 a 18.166 por aparecer inscritas a favor de personas contra quienes no se ha dirigido el procedimiento y no proceder la previa cancelación de las inscripciones a favor de las mismas, según se ha expresado en el apartado quinto de esta nota de calificación.

Todos los defectos se califican de insubsanables, no procediendo anotación preventiva. Esta calificación no prejuzga la cuestión de fondo de si el Ayuntamiento tiene o no derecho en sus pretensiones frente a los interesados y si ese pretendido derecho fuere reconocido y consentido expresa y voluntariamente por los mismos o, en su defecto, declarado y obtenido en resolución firme en el adecuado procedimiento dirigido contra ellos, podría llegarse a la práctica sustancial de las operaciones registrales que ahora se han solicitado.

Esta es, abreviadamente la nota de calificación del Registrador sin que lo omitido en ella, en razón de brevedad, desvirtúe en nada su esencia. Contra la misma el Ayuntamiento de Villanueva de la Serena, debidamente representado, interpone recurso gubernativo basado en la existencia de una condición resolutoria que afecta no sólo al primer adquirente, sino a todos los que del mismo traigan causa, sin que pueda invocarse el artículo 296 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, así como el contrasentido que supone que el Registrador acceda a la reversión de parte de la finca no edificada y no ocurra lo mismo en la edificada. El Registrador, por su parte, en su informe insiste en que al haber terceros adquirentes éstos debieron ser parte en el procedimiento, pues no basta que conste la condición resolutoria en el

Registro, ya que hay que cumplir los trámites establecidos en el oportuno procedimiento, que en este caso exige que los subadquirentes interesados de dominio o derecho real hayan sido parte o, al menos, citados para que puedan ser oídos y defender sus derechos, si les conviene, antes de que recaiga la correspondiente resolución firme, salvo en los excepcionales casos en que proceda la cancelación automática prevista en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y 175 de su Reglamento. Como fundamentos de derecho alegaba el artículo 296 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, artículos 26 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 1.252 del Código civil, 82 y 40 de la Ley Hipotecaria y 174 del Reglamento para su aplicación.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y el Ayuntamiento de Villanueva, debidamente representado, recurre en apelación ante la Dirección General de los Registros y Notariado que dicta resolución confirmando el auto apelado y la nota del Registrador en base de los siguientes argumentos.

Doctrina.—«Considerando que el Ayuntamiento de Villanueva de la Serena declaró resuelto un contrato de compraventa, al no haber cumplido los compradores las obligaciones pactadas y acordó igualmente la reversión a su favor de los bienes que habían sido transmitidos, y una vez desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los mencionados compradores contra dicho acuerdo en Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1967, se ha solicitado en el Registro de la Propiedad la efectividad de lo acordado, por lo que la cuestión que plantea este expediente consiste, en último término —y tras resumir la prolífica nota de calificación—, en resolver si puede accederse a lo solicitado en cuanto que, algunas de las fincas discutidas aparecen inscritas a favor de terceras personas que no han sido parte en el procedimiento y sería necesario cancelar previamente estos asientos;

Considerando que el sistema registral español se centra en la protección y robustecimiento del tráfico jurídico inmobiliario, puesto de manifiesto principalmente en los llamados principios de legitimación y fe pública registral, que tienen su acogida, el primero, entre otros artículos, en el 1, 3.^º de la Ley, al declarar que los asientos de los libros del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y el segundo, en el artículo 34 de la misma Ley, al proteger las adquisiciones hechas por terceras personas de buena fe y en las condiciones que el propio artículo señala y con la sola salvedad de que tal protección no tendría lugar si la causa de anulación o resolución del título del otorgante consta en el mismo Registro;

Considerando que igualmente, y con la misma finalidad de protección, el artículo 38, 2.^º de la misma Ley establece que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente;

Considerando que a la vista de lo expuesto, es innegable que no puede concederse al acuerdo municipal el alcance que pretende atribuirsele, por-

que afectaría a cuestiones de índole civil, cual es la titularidad del dominio y derechos reales, como la hipoteca, pertenecientes a terceros adquirentes que no fueron parte en el contrato primitivo, a los que es ajena la jurisdicción contencioso-administrativa, por ser su conocimiento de exclusiva competencia de los Tribunales civiles, ante los cuales pueden acudir los interesados si lo desean, para, y de acuerdo con el artículo 66 de la Ley, ventilar y contender entre si acerca de la validez o nulidad de los títulos que dieron origen a sus respectivos asientos.

Considerando, por tanto, que no puede procederse a la previa cancelación de las sucesivas inscripciones practicadas a favor del Banco Hipotecario y de los actuales titulares de dominio sin que medie el consentimiento de los mismos o en su caso Sentencia firme es el procedimiento competente tal como declara el artículo 82 de la Ley».

Consideraciones críticas.—Creo que en esta Resolución se hace preciso deslindar dos problemas, pues de lo contrario podría llegarse a conclusiones poco correctas en materia de publicidad registral. El Registrador, en su extensa nota, sostiene —y a nuestro juicio sostiene bien— que el procedimiento seguido para lograr las cancelaciones solicitadas está informalmente tramitado, es defectuoso e improcedente para dicha finalidad. El Ayuntamiento acude a otra vía y es la constancia en el Registro de la Propiedad de una condición resolutoria que afecta no sólo al primer comprador, sino a todos los demás que traigan causa del mismo.

Mezcladas indebidamente ambas cuestiones dan lugar, por ejemplo, a que un hipotecarista de la talla de TIRSO CARRETERO (comentario a esta misma Resolución en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario» de mayo-junio, 1970, número 478 y página 760), diga lo siguiente: «No obstante, aun en el caso de que hubiere una condición resolutoria expresa, es correcta la posición del Registrador exigiendo que los subadquirentes hubieran sido parte en el procedimiento judicial entablado en torno al cumplimiento o incumplimiento de la prestación objeto de la condición». La idea podría ser admitida referida al caso concreto, pero enormemente peligrosa en su generalización.

El sistema español del artículo 34 de la Ley Hipotecaria está basado en la protección del tercer adquirente a título oneroso y de buena fe, al cual la Ley mantiene en su adquisición aunque luego se anule o resuelva el del otorgante por causas que *no consten expresamente* en el mismo Registro. La idea se repite en el artículo 37, 1.º, en el artículo 40 y otros de la Ley Hipotecaria, entre los cuales merece destacar —pues de cancelaciones hablamos—, el artículo 82 de la misma. Por tanto, si la causa que puede anular o resolver el derecho del otorgante consta expresamente en el Registro, el tercero adquiere mediatisado por la misma y se expone a que en su día se anule el asiento de quien trae causa y que la acción resolutoria o anulatoria haga desaparecer su derecho adquirido bajo esa amenaza. La doctrina es tan clara que no cabe profundizar más. De lo contrario, los adquirentes posteriores a una anotación de demanda o los terceros que adquieren finca hipotecada después de ser expedida la certificación de cargas y puesta la nota marginal correspondiente, subordinarian el conocimiento

registral que la publicidad les proporciona a la necesidad de haber tenido que ser citados u oídos en el procedimiento respectivo.

Problema relacionado es el de si en los libros registrales existía o no claramente expresada la condición resolutoria expresa. CAMY (en un comentario a esta misma Resolución en «Revista de Derecho Privado», marzo, 1970, pág. 295), sostiene que en la exposición de antecedentes de la resolución no resulta claro el carácter que, en el pliego de condiciones y en la escritura se daba a la obligación de construir por parte de los compradores. Criterio al que se adhiere Tirso Carretero, antes citado. Creo, sin embargo, que una cosa es que los Considerandos de la Resolución no hagan mención de este punto y otra que en esos antecedentes que señalan mis ilustres compañeros no se diga nada de la condición resolutoria expresa. Bien claramente el Registrador en su extensa nota hace precisión de la existencia de esta «condición resolutoria explícita» en el apartado 6 de su nota, aparte de consentir en la resolución del contrato sobre los terrenos no edificados, en los que no existían terceros interesados. Debo añadir que se utiliza con cierta imprecisión el concepto de resolución, haciéndolo semejante al de «reversión», cosa que teóricamente debe rechazarse, pues ni por origen, ni por naturaleza, ni siquiera en sus efectos, dichas figuras pueden asimilarse. No es momento éste para destacar la figura de la reversión a que alude con frecuencia la Ley de Régimen Local, el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, el Reglamento de Servicios, la Ley del Suelo, el Reglamento de Edificaciones Forzosas y Registro de Solares, la Ley del Patrimonio del Estado, la Ley de Expropiación Forzosa y otra serie de disposiciones.

El auténtico problema de la resolución comentada no está en la existencia o no de la condición resolutoria, cuestión en la que no entra, sino en si el procedimiento seguido para declarar la resolución del contrato y provocar con ello las cancelaciones correspondientes era o no suficiente y estaba o no debidamente tramitado para dicho fin. La Dirección General en este punto es clara y rotunda: «no puede concederse al acuerdo municipal el alcance que pretende atribuirse, porque afectaría a cuestiones de índole civil, cual es la titularidad del dominio y derechos reales, como la hipoteca, pertenecientes a terceros adquirentes que no fueron parte en el procedimiento primitivo, a los que es ajena la jurisdicción contencioso-administrativa, por ser su conocimiento de exclusiva competencia de los Tribunales Civiles, ante los cuales deben acudir los interesados si lo desean, para y de acuerdo con el artículo 66 de la Ley, ventilar y contender entre si acerca de la validez o nulidad de los títulos que dieron origen a sus respectivos asientos...».

De ello se deduce que la Dirección General de los Registros va más allá de las pretensiones del Registrador, el cual se limitaba a esgrimir como argumento base el artículo 296, 2º, del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952 en el cual, se dice: «Si la Administración tuviese conocimiento de que existen otros interesados en el expediente, los requerirá por escrito para que se personen dentro del plazo del diez días y aduzcan lo que crean oportuno». Y como habrá terceros y éstos no fueron citados, de ahí que no se admitiese la cancelación solicitada. Este argumento fue reforzado

en el informe con la cita del artículo 26 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958. Pero la Dirección General se desvía de ese camino y no considera hábil para el logro de la cancelación ni la resolución administrativa llevada a cabo por el acto administrativo del Ayuntamiento, ni siquiera la confirmación hecha por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. Aquí la Administración no tiene jurisdicción: la competencia es exclusiva de los Tribunales Civiles. Ello supone que lo que la doctrina administrativa (SAYAGÜES, RODRÍGUEZ MORO, GONZÁLEZ PÉREZ, GARRIDO FALLA, etc.), denominan principio de «ejecutividad del acto administrativo» y acción de oficio, que parece recogido en el artículo 71 del Reglamento de Contratación de Corporaciones Locales y 223 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de 17 de mayo de 1952, queda sin efecto cuando el mismo se pone a prueba frente a una institución cuyos asientos están bajo la salvaguardia de otra jurisdicción constituida por los Tribunales de Justicia Civil. Es decir, que aunque se hubiese respetado en el procedimiento el artículo 296, 2.º, antes citado del Reglamento de Organización, tampoco hubiese sido válido el acuerdo municipal y la confirmación que del mismo hace la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, pues sólo tres cauces dan posibilidad a una cancelación, conforme al artículo 82 de la Ley Hipotecaria, el consentimiento de su titular, la sentencia firme y la cancelación impuesta por la Ley o derivada del título que originó el asiento.

La Resolución de la Dirección no entra en más detalles. Lo hecho por el Registrador aceptando una cancelación de la finca no edificada, accediendo a la resolución, y denegando las cancelaciones de la edificada que ya estaba en poder de terceros, es marginado por la doctrina que emana de la misma. TIRSO CARRETERO en su comentario sobre la resolución, decía que la solución del caso hubiera podido estar en la doctrina del artículo 27 del Reglamento Hipotecario, que para los casos de nulidades de ventas o redenciones de bienes del Estado en su actuación desamortizadora, distingue si existen o no terceros, en cuyo caso debe de estarse a lo que dispone el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. En realidad esto es lo que se ha hecho como se demuestra por la actuación del Registrador que, intuitivamente, aplica la doctrina de este artículo sin mencionarlo ni en su nota ni en su informe, al menos en el resumen que la publicación de la resolución nos brinda.

Sin embargo, en la nota —que la Dirección califica de prolífica— utiliza con insistencia el artículo 79 de la Ley Hipotecaria, incurriendo en ciertas afirmaciones que se me antojan inexactas. Así, se dice que la inscripción de la finca que luego se constituye en división horizontal ha quedado extinguida, lo mismo que el dominio que tras su división horizontal ha sido transferido e inscrito a favor de otras personas, lo que supone la extinción de la inscripción que nos ocupa. Debo aclarar que teniendo en cuenta la posibilidad de una hipoteca unitaria sobre la totalidad de un edificio, conforme al artículo 218 del Reglamento Hipotecario, se hace difícil admitir la extinción de la inscripción de una finca por su división horizontal e igualmente la cancelación de un último asiento referente a una finca hace revivir el anterior con toda fuerza, lo cual impide que la inscripción, por

ejemplo, tercera de una finca, la debamos considerar extinguida por una cuarta de la misma finca. Discutibles también serían las afirmaciones que consigna en su punto sexto de la nota calificadora, pero eso roza conceptos doctrinales opinables que debemos orillar.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE VENTA DE UN PISO QUE FORMABA PARTE DE UN INMUEBLE DEL QUE FUE SEGREGADO CON ANTERIORIDAD A LA LEY DE 21 DE JULIO DE 1960 Y EN LA QUE FIGURAN TODOS LOS DATOS EXIGIDOS POR LA MISMA. (Resolución de 29 de enero de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 13 de febrero de 1970).

Hechos.—Por escritura otorgada en Madrid ante el Notario don Benedito Blázquez Jiménez el 4 de mayo de 1955, don Francisco López Viñambres y don Agapito Alvaro Málaga vendieron a don Félix Ecija y don Antonio Ballesteros Ramón, por mitad y proindiviso, el piso 2.^º derecha de la calle de Gabasti, 2, de Canillas (hoy Madrid), el cual en la misma escritura fue segregado previamente del inmueble en que estaba integrado, asignándosele a efectos de distribución de beneficios y cargas, el valor y porcentaje de doce enteros cincuenta centésimas por ciento. Dicho documento, al cabo de doce años, se presenta en el Registro y sobre el mismo recae calificación cuya nota literal dice: «Suspendida la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos: 1.^º No haberse adaptado a la Ley de 21 de julio de 1960, vulgarmente llamada de Propiedad Horizontal, conforme a lo determinado en la disposición primera transitoria de la misma. 2.^º En consecuencia, ni por el primitivo propietario de la totalidad, ni por la concurrencia de éste y del titular registral del piso tercero de la misma se han fijado las cuotas de participación que corresponde a cada piso o local, conforme a lo exigido por los artículos 5.^º y 8.^º de aquella Ley. Y siendo subsanables los expresados defectos no se toma anotación preventiva, por no haberse solicitado. Madrid, a 16 de febrero de 1968».

Esta calificación provocó la retirada del documento, que volvió a presentarse acompañado de una certificación expedida por don Félix Ecija Ibáñez, Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa número 2 de la calle de Gabasti, de Madrid, en la que se hace constar que en la Junta General de Copropietarios, a la que concurrieron todos, fueron tomados por unanimidad cuatro acuerdos referentes a que dicha comunidad se regía por la Ley de 21 de julio de 1960, no teniendo estatutos especiales, se confirma el nombramiento de Presidente, que todos los copropietarios conocen, ratifican y admiten la división que del resto del inmueble han hecho los propietarios mediante escritura del día 20 de marzo de 1968 y aceptan el porcentaje asignado a las dos naves de la planta baja y al piso segundo izquierda y consienten en que en esa forma se inscriba en el Registro, todos reconocen que los pisos y las naves tienen el mismo porcentaje del doce y medio por ciento cada uno, reservándose el derecho de rectificarlo si no se adaptase a las bases del artículo 5 de la Ley de 21 de julio de 1960. El Registrador ratifica la calificación anterior y añade que en el acta no se especifican ni describen los pisos y locales conforme al artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, que se reservan el derecho a rectificar el propio

acuerdo, que no consta la conformidad de todos los copropietarios y se sostiene la necesidad de que todos los copropietarios manifiesten en forma auténtica su adaptación a la Ley de Propiedad Horizontal conforme establece la disposición transitoria primera de dicha Ley.

El Notario autorizante de la escritura interpuso el correspondiente recurso gubernativo en el que explica la situación de las sucesivas segregaciones realizadas en el año 1955 y el cambio que se produjo con la aparición de la Ley de Propiedad Horizontal que exige la división conjunta. También explica cómo el resto de los pisos de la casa en cuestión figuraban inscritos, haciéndose constar en la inscripción que «no existía estatuto ni régimen de comunidad». Específicamente ataca los dos defectos señalados en la nota diciendo que, respecto del primero, la necesidad de adaptación a la Ley de 21 de julio de 1960 que exige la disposición transitoria primera se refiere a los «estatutos», pero no afecta a la inscribibilidad del título de adquisición de un piso, pero en el presente caso no existen «estatutos» y nada hay que adaptar. Respecto del segundo defecto que alega que no se han cumplido los artículos 5 y 8 de la Ley de Propiedad Horizontal en cuanto a fijación de cuotas y descripción de pisos, claramente se deduce de la escritura que ello está cumplido, siendo innecesario la concurrencia de todos los partícipes. Alega en su favor la Resolución de 23 de julio de 1966.

Los titulares del Registro en su informe insistieron en la necesidad de que se debía de adaptar la comunidad de la casa en cuestión a la nueva Ley de Propiedad Horizontal, que era preciso la descripción de cada piso y del inmueble en conjunto, con asignación de número y cuota de participación, que la cuota ha debido ser fijada por acuerdo de todos los copartícipes y que el acta es ineficaz, pues sólo dice que comparecen todos, pero sin especificar quiénes son, y existe una declaración de reserva de rectificación de porcentaje, lo que supone una situación de provisionalidad.

El Presidente de la Audiencia revoca el defecto primero de la nota y confirma el resto de los de la calificación. El Notario autorizante de la escritura recurre y se alza de la decisión presidencial y la Dirección General acuerda revocar *«parcialmente»* el Auto presidencial apelado y en su *«totalidad»* la nota del Registrador.

Doctrina.—«Considerando que la amplia difusión adquirida por la llamada propiedad horizontal motivó que las escasas normas legislativas resultaran insuficientes para la regulación de este tipo de propiedad que aparecía suplida en gran parte por una práctica continuada, casi siempre acertada, pero que en otros casos era necesario corregir y encauzar, objetivo que ha venido a salvar la ley de 21 de julio de 1960 al establecer una regulación más completa del régimen de casas por pisos;

Considerando que modificando la práctica anterior a 1960 por la que un edificio que originariamente pertenecía a un solo titular que lo transmitía por pisos, los iba segregando uno a uno, sin previa constitución de propiedad horizontal, la ley vigente ha introducido el sistema —artículo 5— de que el título constitutivo ha de dividir el edificio en su totalidad y describir, además del inmueble en su conjunto, cada uno de los pisos o locales que lo forman, a los que se asignará número correlativo con expresión de

todas las circunstancias exigidas en la legislación hipotecaria, y determina, además, en la Disposición transitoria primera que dicha Ley regirá todas las comunidades de propietarios cualquiera que sea el momento en que fueron creadas, así como la obligación de adaptar los Estatutos en el plazo de dos años, cuando estuvieren en contradicción con sus preceptos;

Considerando que como consecuencia de lo expuesto, las situaciones que hoy día pueden tener lugar son las siguientes: 1) Edificios que se van a constituir en régimen de propiedad horizontal a partir de la vigencia de la nueva Ley, respecto de los cuales no cabe ninguna duda que le son de aplicación las nuevas normas en toda su integridad; 2) Edificios que se constituyeron en dicho régimen, con arreglo a la práctica anterior, y cuyos pisos o locales aparecen inscritos dentro del folio general abierto a todo el edificio o bien, después de segregados, figuran como fincas independientes, en folio autónomo, para los que se respeta el sistema seguido, si bien con la obligación de adaptar los Estatutos de la Comunidad en cuanto estén en contradicción con las nuevas normas legales; 3) Edificios en los que se empezaron a practicar segregaciones y ventas de pisos que se fueron inscribiendo como fincas independientes en cualquiera de las dos formas antes indicadas, sin que en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley se hubiera completado todo el proceso, en cuyo caso se plantea la cuestión —como sucede en el expediente— de si aquellos pisos o locales todavía no inscritos habrán de tener acceso a los libros registrales según la forma en que se venía haciendo, o si, por el contrario, habrá de aplicarse en todo su rigor el sistema introducido por la Ley;

Considerando que tratándose del tercero de los supuestos señalados no cabe adoptar más solución que la seguida en el sistema anterior a la Ley vigente, pues al encontrarse ya inscritos en el Registro alguno o varios de los pisos o locales que forman parte del edificio por las ventas realizadas, es de todo punto imposible aplicar el nuevo sistema que exige como requisito ineludible una previa constitución del régimen de propiedad horizontal anterior a aquellas ventas, lo que ya no puede tener lugar, aparte la sustantividad e inatacabilidad de las inscripciones ya verificadas, tal como establecen los artículos 1 y 38 de la Ley;

Considerando que el sistema indicado es el que ha seguido la práctica notarial y registral para resolver la cuestión planteada, sin que quepa desconocer otras soluciones, como la de dividir el único dueño, o la totalidad de ellos si son en proindiviso, por pisos o locales el resto del edificio, que al ingresar en el Registro completarían, juntamente con los ya inscritos, la totalidad de que se compone el inmueble, reconstituyéndose de esta forma la situación de normalidad alterada;

Considerando que en el caso concreto de este expediente, la escritura de compraventa otorgada reunía en su fecha todos los requisitos exigibles para su acceso en el Registro de la Propiedad desde la descripción del piso transmitido, señalamiento de los elementos comunes —coincidente con los señalados en la nueva Ley—, cuota en relación con el total valor del inmueble a los efectos de distribución de beneficios y cargas —12,50 por 100— establecida por el entonces propietario de la finca y aceptada por los compradores y el sostenimiento al régimen de comunidad de bienes que

preceptúa el artículo 396 del Código civil, circunstancias todas ellas que hacen perfecto e inscribible el título, dado el contenido de los artículos 3 del Código civil y Disposición transitoria 2.^a del mismo Cuerpo legal, no desvirtuados por lo establecido en la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, Disposición transitoria 1.^a, que se refiere al hecho de que el nuevo régimen se aplicará a todas las comunidades de propietarios, que precisamente por eso habrán de adaptar sus Estatutos, pero no declara ineficaces —ni podía hacerlo— los títulos adquisitivos anteriores que van a originar esa Comunidad;

Considerando, por último, que al ser inscribible la escritura calificada no era necesario acompañar la certificación del acta de la Junta y por ello no es preciso entre en su examen, aparte de que al no haber recurrido los Registradores del Auto presidencial, no cabe examinar el contenido del defecto primero de la nota».

Consideraciones críticas.—La presente Resolución soluciona un problema de derecho transitorio que inevitablemente habría de plantearse cuando a un sistema de práctica notarial y registral se le sustituye por una reglamentación legal en la que se exige la división simultánea de pisos y constitución de propiedad horizontal. Frente a la práctica, viene la Ley y frente a los dos sistemas entra en juego la ineludible solución de la retroactividad o irretroactividad de las normas jurídicas. El Código civil —citado en la Resolución— parte del principio de irretroactividad de las normas jurídicas, criterio que viene reforzado en las disposiciones transitorias —concretamente en la primera— bajo el principio del respeto a los derechos adquiridos. Conforme a la doctrina de la Dirección General estos dos principios no han sido alterados por la Ley de Propiedad Horizontal que sólo exige que al quedar reguladas todas las formas de comunidad de propietarios, debe aplicarse a todas ellas la norma transitoria primera de la Ley en la que se exige la adaptación de estatutos, pero no puede declarar de ninguna forma ineficaces los títulos anteriores que van a originar esa comunidad.

Quiero recordar que la cuestión planteada en este recurso estuvo intuida en esas acertadas notas que Francisco SÁNCHEZ DE FRUTOS (*Problemas Registrales de la Propiedad Horizontal*, Ponencia para el Congreso de Derecho Registral de 1961), nos ofreció con motivo del Centenario de la Ley Hipotecaria y que luego han sido estudiadas con mayor extensión y dimensión por José Luis ALVAREZ ALVAREZ (*El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*, Centenario de la Ley del Notariado, «Estudios de Derecho Notarial», Volumen II, Madrid, 1965). Este último autor, en el artículo citado, daba unas soluciones muy semejantes a las que ahora sanciona la Dirección General y que discrepan de las apuntadas por BATALLA (*La Ley sobre Propiedad Horizontal y el Registro*, «RCDI», números 396 y 397, 1961, pág. 652), Ventura TRAVESET (*Derecho de Propiedad Horizontal*, Barcelona, 1961, págs. 23 y 159) y F. MONET (*Estudios de Derecho Notarial*, Madrid, 1962, Vol. I).

Aunque directamente no se afrontaba el problema, sí se solucionaba otro de carácter transitorio en la Resolución que el Notario recurrente aduce como uno de sus argumentos jurídicos: la de 19 de julio de 1966, en la que se resolvió favorablemente la posibilidad de inscribir una hipoteca constituida sobre un piso que figuraba inscrito a favor de sus propietarios dentro del

folio general abierto a todo el edificio, conforme a la legislación vigente en la fecha de la adquisición.

Poco puede añadirse a una solución clara y ajustada a los principios que rigen nuestro sistema jurídico, sobre todo cuando el acto que se trataba de reflejar en el Registro tenía los requisitos de fondo y forma que la legislación vigente en el momento del otorgamiento y la posterior modificativa, exigía para su validez.

DOMICILIO ELECTIVO.—NO EXISTE INCONVENIENTE LEGAL EN LA CONSIGNACIÓN EN EL REGISTRO DE UN DOMICILIO PARA QUE SE EFECTÚEN EN ÉL LAS NOTIFICACIONES DE ACTOS QUE PUEDAN AFECTAR A UN INMUEBLE INSCRITO, LO QUE SUPONE UN AUMENTO DE PUBLICIDAD Y GARANTÍA DE LOS POSIBLES INTERESADOS. (Resolución de 30 de enero de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 14 de febrero de 1970).

Hechos.—Por escrito de fecha 7 de mayo de 1968, don Arturo y don Conrado Ricart y Barrot expusieron que eran dueños proindiviso de una casa sita en Barcelona, señalada con el número 68 de la calle de Leyva, que habían adquirido por herencia de su padre y que, al efecto de «obtener la protección registral ante cualquier requerimiento y notificaciones en procedimientos o expedientes en los que pudiéramos ser parte y, en general, para conocimiento de quienes pudiera interesar», solicitaban que «al margen de la inscripción de dominio de la finca descrita, haga constar que el domicilio legal para recibir notificaciones y requerimientos es el de nuestro Administrador, don Pablo Armengol y Font, Agente de la Propiedad Inmobiliaria, residente en la Avenida de José Antonio Primo de Rivera de esta ciudad, número 573, teléfono 223 00 49».

Presentado el documento en cuestión ante el Registro de la Propiedad, el Registrador denegó su constatación registral porque la constancia de un domicilio legal no está regulada por la Ley Hipotecaria ni por su Reglamento. Contra esta calificación recurrió don Arturo Ricart y Barrot alegando que si bien la Ley Hipotecaria y el Reglamento nada dicen a este respecto, tampoco lo prohíben, hablando el artículo 51, 9., del Reglamento de domicilio, aunque sin darle alcance ni concreción; que en todos los procedimientos judiciales y administrativos la consignación de un domicilio tiene extraordinaria transcendencia a efectos de requerimientos y notificaciones y que el hecho de su constancia en el Registro supondría que el mismo quedaría reflejado en la certificación que se expediese análogamente a lo que ocurre en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y que para que fuera eficaz ese señalamiento debería ser dentro del partido judicial, evitando las graves consecuencias que motivó la Resolución de 23 de febrero de 1963. El Registrador, por su parte, en el informe insistió en la inexistencia de precepto legal que admite esta constatación.

El Presidente de la Audiencia revoca la nota del Registrador por entender que al amparo del artículo 51, 9., del Reglamento Hipotecario, cabe dicha consignación que aporta una estimable precisión e implica una facilidad armónica con el fin perseguido por los medios de comunicación. El Registrador

de la Propiedad se alza de la decisión presidencial y apela ante la Dirección General, la cual confirma el Auto apelado sobre la base de la siguiente doctrina.

Doctrina.—«Considerando que el domicilio como lugar en que se estime se encuentra legalmente una persona para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos, tiene una gran transcendencia dentro del campo jurídico, tales como adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad española —artículos 14 y 24 del Código civil—, celebración del matrimonio civil —artículos 86 y 88—, declaración de ausencia —artículo 181—, constitución del Consejo de familia —artículo 293—, pero sobre todo dentro del campo del Derecho de obligaciones al determinar el artículo 1.171, 3.^º, el domicilio del deudor como lugar de su cumplimiento, en materia de notificaciones y requerimientos, y por último, para la determinación de la competencia de Jueces y Tribunales;

Considerando que por ello el artículo 40 del Código civil determina que se entenderá por domicilio de las personas naturales el lugar de su residencia habitual, pero junto a este domicilio real se reconoce la existencia para ciertos casos de un domicilio legal y, sobre todo, la de uno especial o electivo que pueden señalar las partes para la ejecución de un acto o contrato, en base al principio de autonomía de la voluntad, y que incluso en algunos supuestos aparece recogida su posibilidad en disposiciones legales, como ocurre por cierto, en el caso señalado en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria;

Considerando que aun cuando ni el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento incluyen dentro de su contenido que se haga constar en los libros registrales un domicilio electivo para las notificaciones relacionadas con las actuaciones sobre el inmueble en el que se quiere hacer constar esta circunstancia, ningún precepto legal impide que pueda realizarse lo solicitado, que tiene a su favor la ventaja de garantizar al titular que lo fije, tal como declaró la Resolución de 15 de diciembre de 1925, el oportuno y exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas, al mismo tiempo que asegura al acreedor contra las dilaciones y entorpecimientos que por razón de los cambios de residencia o por mala fe sufrirían los trámites procesales».

Consideraciones críticas.—Tratar de defender la progresiva doctrina de la Dirección General a base de justificar «el señalamiento de un domicilio electivo para requerimientos y notificaciones» como acto inscribible, sería un esfuerzo inútil teniendo en cuenta la finalidad que persigue el Registro de la Propiedad, en orden a la publicidad de derechos con trascendencia real.

Es evidente que el señalamiento de un domicilio no es un acto inscribible, no pasando de ser un dato que complementa los personales del titular y al que se refiere el artículo 51, 9.^º, del Reglamento Hipotecario, exigiendo su constatación si «resultare del título». Claro que el Reglamento parece estar refiriéndose al llamado por el artículo 40 del Código civil «lugar de la residencia habitual», pero no cabe duda que su indeterminación puede comprender también el domicilio fiscal (art. 45 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963), el domicilio legal (arts. 64, 65, 67 y 68 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el domicilio de las personas jurídicas (art. 41 del Código civil) y el electivo o designado unilateral o bilateralmente por los con-

tratantes para el cumplimiento de las obligaciones y práctica de requerimientos y notificaciones.

Esta doctrina puede predicarse en forma muy general, pues en determinados casos la designación de un domicilio para la realización de notificaciones y requerimientos se convierte en un requisito sustancial que debe constar en la inscripción si para la ejecución de un crédito hipotecario se quiere utilizar el procedimiento judicial sumario. Así lo viene a determinar el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, condicionando no la posibilidad de la inscripción de hipoteca, sino el ejercicio de la acción por el abreviado procedimiento judicial sumario. Esta fijación que no pasa de ser un acto meramente obligacional es elevada por el legislador a requisito sustancial para la viabilidad del ejercicio de la acción hipotecaria a través de dicho procedimiento, en donde las notificaciones y requerimientos cobran tanta transcendencia.

Si del campo judicial pasamos al administrativo es evidente también la relevancia del requisito de notificaciones y requerimientos. Lo apuntó hace mucho tiempo la Resolución de 4 de octubre de 1918 donde se decía: «Considerando que las circunstancias de edad, estado civil y domicilio, si bien no son necesarias para los efectos de la identificación y seguridad del trato sucesivo, ni tampoco para que las Autoridades judiciales puedan realizar enajenaciones en rebeldía de quien, según el Registro, es titular del derecho enajenado, constituyen requisitos de suma importancia para que se pueda apreciar la validez de las notificaciones hechas personalmente en los procedimientos de apremio, porque son la base de la capacidad para recibirlas y de la competencia para realizarlas...». Esta misma idea viene a repetirse en Resoluciones de 11 de febrero de 1911, 15 de diciembre de 1925 y 7 de septiembre de 1926, cuestiones resueltas y que hubieran sido fácilmente evitadas si en el Registro hubiera constado el señalamiento de un domicilio para la práctica de requerimientos y notificaciones.

Pero todo ello no pasa de ser un anhelo, una pretensión, una necesidad no apoyada legalmente, ni obstaculizada tampoco. De ahí que utilizando el procedimiento analógico podríamos traer la doctrina del artículo 130 de la Ley Hipotecaria en su mero aspecto de constatación registral, para avalar este acceso al Registro del domicilio electivo para la práctica de notificaciones y requerimientos, lo cual permitiría encuadrar esta fijación a través de una nota marginal de las llamadas *«modificativas o complementarias»* de la inscripción. Ello supondría, al decir de la Resolución de 15 de diciembre de 1925 y recogido en la actual, la ventaja de garantizar al titular que lo fije el oportuno y exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas, al mismo tiempo que asegura al acreedor contra las dilaciones y entorpecimientos que por razón de los cambios de residencia o mala fe sufrirían los trámites procesales.

Este señalamiento de domicilio y su constatación registral debe admitirse con todas sus consecuencias de publicidad y, por ello, debe afectar a tercero, el cual no puede escudarse en el contenido de la inscripción para la elección del domicilio en el que debe requerir al deudor. Si en el fondo de la inscripción se hace constar un domicilio y por nota marginal se hace constar otro para requerimientos y notificaciones es evidente que entre los

dos, sólo debe prevalecer el de la nota marginal. El caso es muy similar al del cambio de nombres sociales, que según reciente jurisprudencia de los Registros debe hacerse constar por medio de una nota marginal. Nadie piensa que esa nota marginal *modificativa* del cambio de nombre pueda dar pie a un tercero para prevalerse del contenido de la inscripción, haciendo caso omiso de la nota marginal modificativa. Quizá convendría precisar que la fijación del domicilio electivo para la práctica de notificaciones debería concretarse al partido judicial y para los posibles procedimientos que afectasen únicamente a la finca, aunque nada se opone a que se rebasen estos límites.

Admitida la domiciliación de las letras de cambio, no hay razón doctrinal o positiva que impida llevar este mismo sistema a las posibles ejecuciones que sobre la finca inscrita puedan recaer. De ello no surgirá ningún inconveniente y se facilitará enormemente la diligencia de las notificaciones en los procedimientos ejecutivos. La situación creada por la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros —acertadísima a nuestro juicio—, ha comenzado a tener carta de naturaleza al ser ya recogida en las normas provisionales sobre aplicación del Arancel de los Registradores de la Propiedad, aprobadas en el pleno de la Asamblea General el día 8 de abril de 1972.

FINCAS PÚBLICAS.—CAMBIO DE DESTINO.—LA DESAFFECTACIÓN DE UNAS FINCAS DEL SERVICIO PÚBLICO MEDIANTE SEGREGACIÓN DE OTRAS DE MÁS CABIDA PARA PASAR A FORMAR PARTE DEL PATRIMONIO PRIVATIVO DEL ESTADO, DEBE RÁ HACERSE CONSTAR MEDIANTE UN ASIENTO DE INSCRIPCIÓN, AUNQUE LAS MISMAS SE ENCONTRASEN YA EXCEPCIONALMENTE INSCRITAS. (Resolución de 31 de enero de 1970. *Boletín Oficial del Estado* de 20 de febrero de 1970).

Hechos.—Por acuerdo de la Dirección General del Patrimonio del Estado, de fecha 20 de febrero de 1968, se dispuso la desafección del servicio público a que estaba destinada y su incorporación a dicho Patrimonio, de parte de la finca denominada «Pabellón Militar de la plaza de África, número, 7» y que por otro acuerdo similar del 31 de octubre del mismo año, se dispuso igualmente la desafección del servicio público y pase al Patrimonio del Estado, de parte de la finca denominada «Cuartel Foso de la Almina». Como consecuencia de dicho acuerdos se extendieron las correspondientes actas de desafección, suscritas por representantes de los Ministerios de Hacienda y Ejército con fechas 26 y 19 de noviembre, respectivamente, del mismo año, expidiéndo el 31 de marzo de 1969 sendas certificaciones libradas por el Jefe de la Sección del Patrimonio del Estado de la Delegación de Hacienda de Ceuta en la que se describían las partes desafectadas, a fin de que se extendiese en el Registro de la Propiedad «anotación marginal del cambio de la situación jurídica de las expresadas fincas, conforme a lo establecido en el Reglamento Hipotecario».

Presentadas las referidas certificaciones fueron calificadas y devueltas por adolecer de los defectos subsanables siguientes: a) No describirse la

totalidad de la finca a que corresponde la porción desafectada. *b)* No describirse la porción residual de la finca matriz después de la desafección. *c)* No constar el nombre del representante de la Dirección General del Patrimonio del Estado, ni el del representante del Ministerio del Ejército, conforme al párrafo segundo del artículo 222 del Reglamento de Bienes del Patrimonio del Estado. *d)* No proceder hacer constar registralmente la desafección por nota marginal, pues la misma implica un cambio en la situación jurídica de los bienes de dominio público a privativa, la cual mutación debe hacerse por inscripción, previa segregación de la finca matriz, conforme al artículo 6.^o del Reglamento Hipotecario. *e)* No constar la nota de haber sido presentada a liquidación del impuesto (este último defecto sólo figura en la segunda certificación).

El Delegado de Hacienda de Ceuta, en representación del Estado, interpone recurso gubernativo y, en forma un tanto anecdótica, afirma que el defecto que el Registrador considera como subsanable «*es insubsanable*» en relación con el asiento registral que se pretende. Relaciona los artículos 5.^o y 6.^o del Reglamento Hipotecario, para acabar affirmando que cuando un bien de dominio público ya ha tenido acceso al Registro, no hay inconveniente en hacer constar ese cambio de destino por medio de nota marginal. El Registrador, en su informe, alega que el supuesto entra dentro del artículo 6.^o, 1.^o, del Reglamento Hipotecario, siendo la inscripción el asiento más adecuado para la actuación de los principios de especialidad y trato sucesivo y que, además, en el presente caso, como se trata de parte de finca que ha de ser segregada, es imprescindible abrir folio registral. El hecho de que ya figurase inscrita la finca no desvirtúa la doctrina anterior, que viene reforzada por el artículo 303 del Reglamento Hipotecario, así como el 10, el 18 y el 30 del mismo texto, una Ley de 1941 sobre limitación e inscripción de riberas de ríos, el Decreto de 11 de mayo de 1968 para la ordenación de la avenida de La Paz de Madrid y la propia Ley del Patrimonio del Estado en sus artículos 42 y 85.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador y el auto dictado fue apelado por el Delegado de Hacienda ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual confirma el auto apelado y el defecto cuarto de la nota del Registrador.

Doctrina.—«Considerando que desafectadas parte de las fincas destinadas a servicio público y que ahora van a tener el carácter de patrimoniales, se plantea la cuestión de si la forma de hacer constar en el Registro esta nueva situación ha de ser mediante una nota al margen de las primitivas inscripciones de los inmuebles o bien si habrá de procederse a segregar cada una de las fincas desafectadas, que se inscribirán como nuevas e independientes mediante la apertura del correspondiente folio registral;

Considerando que el recurrente funda su petición en la circunstancia de que, pese a que con arreglo al artículo 5.^o, 1.^o, del Reglamento Hipotecario, estaban exceptuados de inscripción a favor del Estado los dos inmuebles, dado su destino de servicio público, es lo cierto que ambos tuvieron acceso al Registro, ya que figuraban inscritos a su nombre, por lo cual la desafección realizada y el cambio de naturaleza operada, deben hacerse constar

solamente a través de una nota marginal, como el mismo Reglamento en el artículo 6.^º, 2.^º establece para el cambio de propiedad privada en pública, y sin que sea de aplicación el párrafo 1.^º del mismo artículo, que presupone que los bienes de dominio público no estaban inscritos;

Considerando que frente a esta posición, el artículo 18 del Reglamento Hipotecario —al que se remite el artículo 43 de la Ley del Patrimonio del Estado—, establece que los cambios de adscripción de los bienes estatales a distinto Ministerio o a otro Organismo o Servicio dentro del mismo podrán hacerse constar mediante la inscripción correspondiente, y si éste es el asiento adecuado cuando se trata de una alteración dentro de una misma clase de bienes —los patrimoniales—, con mayor razón habrá de aplicarse idéntico criterio si se realiza una operación de mayor envergadura que supone, además, un cambio en su naturaleza, como es la desafectación de los de dominio público, aunque éstos, excepcionalmente, se encontrasen ya inscritos;

Considerando que en el presente caso es de advertir, además, la aplicación del principio de especialidad, que aparece centrado sobre el elemento finca, la cual ha de quedar claramente determinada, por ser la base de todo el sistema inmobiliario, y por eso al haberse desafectado en cada uno de los inmuebles una parte de los mismos que van a tener distinta naturaleza que el resto, se hace necesario practicar las segregaciones correspondientes, a fin de que estas porciones figuren como fincas nuevas e independientes, tal como establece el artículo 47 del Reglamento».

Consideraciones críticas.—Las relaciones entre Registro y bienes estatales no acaban de ser lo suficientemente fluidas en orden a unos principios que parecen estar perfectamente definidos, pero que en la práctica chocan con cierta resistencia que produce inhibiciones en su cumplimiento, pero que cuando necesitan de la institución registral provoca la crítica negativa de su falta de actualización.

Por ello, es muy laudable la doctrina que encierra la presente Resolución que aclara ciertos puntos y precisa formas y maneras de hacer constar en el Registro el dominio de los bienes estatales en su doble cualidad de «*demaniales y patrimoniales*». Aparte de ello, esta Resolución nos va a permitir exponer sucintamente el sistema vigente en orden a tan importante materia a la que no hace poco me refería apoyando mis afirmaciones con opiniones doctrinales que ahora procuraré exponer con mayor amplitud. Para ello, conviene distinguir en la exposición las siguientes partes:

a) *Principio de obligatoriedad de la inscripción.*—La regla general en nuestro sistema hipotecario es el de la inscripción voluntaria, con supuestos de inscripción constitutiva, inscripción estimulada e inscripción obligatoria. Precisamente entre los diversos casos en que la inscripción se considera obligatoria es la de los bienes y derechos del Estado. Así lo demuestran los términos imperativos utilizados por los artículos 17 y siguientes del Reglamento Hipotecario y los artículos 42 y 47 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, utilizando el primero la palabra «*inscribirá*» y facultando el segundo al Registrador para provocar la inscripción de dichos bienes. Preceptos que están completados por los artículos 85 y 90 del Reglamento de dicha Ley.

b) *Forma de hacer constar en el Registro la titularidad de dichos bienes.*—Este es precisamente el problema que plantea y resuelve la Resolución que ahora comentamos. Partiendo de la base de la existencia de dos clases de bienes del Estado, los demaniales y los patrimoniales, parece que también el sistema de su constatación registral es distinto, pues para los primeros el párrafo 1.^o del artículo 5.^o del Reglamento Hipotecario parece, en principio, excluir su inscripción, mientras que para los segundos el principio general es el de la inscripción, como se deduce del artículo 4.^o del mismo Reglamento y las disposiciones anteriormente citadas. Cuestión distinta que luego afrontaremos es reflejo registral de un cambio en el carácter de los bienes, problema que soluciona el artículo 6.^o del mismo Reglamento.

La dicción del Reglamento en cuanto a la exclusión de la inscribibilidad de los bienes demaniales no es aceptada, pues choca con el principio de «*obligatoriedad de la inscripción*» y, a nuestro entender, lo que quiso expresar el Reglamento en su artículo 5.^o (según defiendo en mi trabajo *La expropiación forzosa, las urgencias y el Registro de la Propiedad* «Revista de Derecho Urbanístico», número 28, mayo-junio, 1972), es que dichos bienes deberían inscribirse a nombre del Estado, pero al estar excluidos del tráfico jurídico por estar afectos a un servicio público, su condición de demaniales habría de hacerse constar por medio de una nota marginal.

La idea no es nueva. La expuso con gran brillantez MARTÍNEZ DE BEDOYA (*Reflexiones sobre la reciente modificación del Reglamento Hipotecario*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1959, pág. 366), y la reitera posteriormente en el comentario crítico que hace a la obra de MENDOZA OLIVÁN (*El deslinde de los bienes de la Administración*) en la misma Revista y en el año 1969. En esta misma línea se coloca la nota de colaboración publicada en el «Boletín del Colegio Nacional de Registradores», número 26, año 1968, que ha servido de base a las razones jurídicas que alega el Registrador en defensa de su nota, y la Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de noviembre de 1964. Del campo del Derecho administrativo se alzan opiniones coincidentes con este criterio. Así, MARTÍN RETORTILLO (*Revista de Administración Pública*, 1967, pág. 539), quien considera inexplicable la regla de no inscripción en el Registro de los bienes de dominio público. Es equivocada, sin embargo, la cita de la Resolución del 14 de diciembre de 1953 que se ajusta al literal del artículo 5.^o del Reglamento Hipotecario.

Las razones básicas de esta interpretación podemos resumirlas en las siguientes: 1) La aplicación de principios tan esenciales como el de especialidad y trato sucesivo. 2) La mejor manera de que el inventario inmobiliario se lleve debidamente, con separación de sus diversas clases, lográndose disminuir o evitar las usurpaciones que de hecho se producen con el transcurso del tiempo. 3) El principio de obligatoriedad en su genérica formulación por la Ley del Patrimonio del Estado. 4) Diversas normas y preceptos que así lo dan a entender, como el artículo 303 del Reglamento Hipotecario al hablar de «servicio público u objeto...», el 16 que no distingue, el 30 que habla de inscripción de montes públicos, las Leyes de 18 de octubre de 1941 sobre delimitación de riberas de los ríos, el Decreto de 11 de mayo de 1968 sobre inscripción de zonas verdes, viales, parques y

jardines, los artículos 117 y 218 de la Ley y Reglamento, respectivamente, del Patrimonio del Estado que hablan de hacer constar «la afectación...», etcétera.

c) *Consignación registral del cambio de destino.*—El problema está solucionado en parte por el artículo 6.^º del Reglamento Hipotecario sometido a la interpretación doctrinal que acabamos de exponer, esto es, que cuando un bien de dominio público adquiere la condición de propiedad privada o, lo que es igual, pasa de ser demanial a ser patrimonial, debe hacerse constar este carácter por *«nota marginal»* si estuviera inscrito, pues de lo contrario habría que inscribirlo y por nota marginal hacer constar su carácter de patrimonial.

El caso contrario supone el cambio de un bien de dominio particular en de dominio público, lo cual supone imprescindiblemente la inscripción a nombre del Estado, salvo que estando ya inscrito a nombre del mismo pueda hacerse constar este carácter por medio de una nota marginal.

El curioso caso de la expropiación forzosa que conforme al texto de la Ley del Patrimonio del Estado en su artículo 119 (220 del Reglamento), supone que toda adquisición por este medio lleva implícita la «afectación» de los bienes al uso general o a los servicios públicos, exige en todo caso apartarse de la letra del artículo 6.^º del Reglamento Hipotecario y hacer una previa inscripción a favor del Estado, constatando por nota marginal el carácter demanial de la adquisición en su específico sentido de bien «afectado».

El caso concreto de esta Resolución que comentamos no ofrecía la menor duda del modo de proceder registralmente, ya que se trataba de una finca —o parte de ella— que de bien afectado pasaba a la categoría de patrimonial, lo cual hace que entrando incluso en la letra del artículo 6.^º del Reglamento desembocásemos en una inscripción, pues el bien había adquirido por la desafectación el «carácter de inscribible». No obstante, en este caso curioso los bienes afectados estaban ya inscritos y, por ello, se pretendía que la única parte del precepto aplicable era la del número 2 del artículo 6.^º, pues su párrafo primero parte del supuesto de que los bienes no estaban inscritos y al adquirir su carácter de «inscribibles» lo procedente era su inscripción. Como el caso era, a juicio del recurrente, más encajable en el párrafo segundo, de ahí que patrocinase la nota marginal.

Pero la Dirección General aplica al caso no el artículo sexto del Reglamento, sino el 18 del mismo al que se remite el artículo 43 de la Ley del Patrimonio del Estado que analógicamente debe ser de útil doctrina interpretativa, ya que en dicho artículo se contempla un caso de adscripción de bienes estatales a distinto Ministerio, operación de menor envergadura que la que lleva consigo la desafectación. Además, en el caso contemplado, existía una mayor razón jurídica y es la necesidad de provocar una segregación de parte de las fincas que han de pasar a formar finca independiente conforme al artículo 47 del Reglamento, lo cual lleva consigo la necesidad de una inscripción.

No queremos concluir este comentario sin destacar la petición del Delegado de Hacienda en su recurso que califica la falta a la que el Registrador otorgó el carácter de subsanable, como de *«insubsanable»*. ¿Puede el

interesado en un recurso alterar la calificación del Registrador? Entiendo que, en principio, el único legitimado legalmente para calificar y por tanto decidir si la falta es subsanable o insubsanable es el Registrador, pues así se desprende del artículo 65 de la Ley Hipotecaria y de la esencia de la función, así como de los diversos artículos destinados a la reglamentación del recurso gubernativo por el Reglamento Hipotecario (arts. 112 y siguientes), de los cuales se deduce que la resolución final sólo puede tener tres cauces: declarar inscribible el acto y confirmar su carácter subsanable o insubsanable. Con esa precisión que el Delegado de Hacienda hace, lo único que consigue es que aceptando el carácter insubsanable de la falta, renuncie en nombre del Estado a la posibilidad de la anotación preventiva, lo cual ya entra en el campo de facultades y atribuciones y, por supuesto, de legitimación para realizarlo.

PARTICIPACIÓN HEREDITARIA.—NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA EN QUE UNO DE LOS HEREDEROS INSTITUIDOS CEDE AL OTRO LA PARTE QUE LE CORRESPONDE EN LA HERENCIA DEL CAUSANTE, SIN QUE LA VIUDA DEL MISMO INTERVENGA EN EL INSTRUMENTO AUNQUE EN ÉL SE GARANTICEN SUS DERECHOS SUCESORIOS. (Resolución de 6 de febrero de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 27 de febrero de 1970).

Hechos.—Don Antonio Porras Cabrera, hijo de doña María Cabrera Porriño y casado con doña Josefa Carrión Sevillano, falleció en Almargen (Málaga), el 13 de marzo de 1958, bajo testamento otorgado el 14 de diciembre de 1957 ante el entonces Notario de Campillos, don José Luis Durán Gutiérrez, en el que, tras declarar que carecía de descendientes, instituyó heredera a su madre, en la mitad de su herencia, a su esposa en el usufructo de la otra mitad, y a su hermano don Manuel Porras Cabrera, en la nuda propiedad de esta última mitad. En escritura de manifestación de herencia y cesión de fecha 16 de diciembre de 1968, ante el Notario don Eduardo Menéndez-Valdés Golpe, doña María Josefa Cabrera Porriño y don Manuel Porras Cabrera, después de describir los bienes relictos, otorgaron: 1.º Que doña María Josefa Cabrera Porriño cede al otro compareciente la mitad que le pertenece en pleno dominio en la herencia aludida, en el precio de ciento cincuenta mil pesetas, que la vendedora confiesa haber recibido del adquirente; y 2.º En virtud de la precedente cesión, don Manuel Porras Cabrera queda como único titular, en propiedad, de los bienes descritos; sin perjuicio del usufructo de la viuda del causante, a cuya efectividad quedan afectos los bienes descritos, en los términos del artículo 839 del Código civil.

Presentada esta escritura en el Registro y, previa su calificación, fue denegada la inscripción solicitada por haberse otorgado sin intervención del conyuge viudo del causante, sin que proceda anotación preventiva.

Contra esta calificación se entabló el correspondiente recurso gubernativo interpuesto por el Notario autorizante de la escritura, el cual, no alcanza en sus alegaciones a la plena distinción existente entre la cesión de una cuota

del derecho hereditario, considerado en abstracto (figura a la que se refieren los artículos 1.000 y 1.067 del Código civil) y la inscripción concreta de bienes hereditarios que solicita al amparo del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 83 de su Reglamento. El Registrador al informar precisa esta circunstancia y considera que en la escritura en cuestión no hubo cesión de derecho hereditario, sino cesión de bienes concretos, cosa para la que no existía legitimación mientras no se practicase la partición hereditaria y como ello ya supone adjudicación de bienes y liquidación en dinero del usufructo, era preciso la concurrencia del cónyuge viudo conforme al principio de unanimidad de la partición de los artículos 1.058 y 1.059 del Código civil. De otra parte, el Notario insiste en hablar de cesión abstracta de derechos, y al solicitar el acceso registral no acude al cauce de los artículos 46 de la Ley, 146 y concordantes del Reglamento, sino al artículo 14 de la Ley Hipotecaria y al 83 del Reglamento que hablan de inscripción de bienes concretos.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador y habiéndose alzado el Notario en apelación contra dicho auto, se resuelve el problema por la Dirección General de los Registros confirmado el auto apelado y la nota del Registrador.

Doctrina.—«Considerando que la cuestión debatida en este expediente exige determinar si puede inscribirse una escritura calificada de «manifestación de herencia por cesión» por la que uno de los herederos cede al otro la mitad que le pertenece en pleno dominio de la herencia, que de esta forma queda como único titular en propiedad de los bienes descritos, y en la que no ha tenido intervención la viuda del causante que aparece instituida en el testamento de éste como heredera en la mitad del usufructo, si bien a la efectividad del mismo se dejan afectados todos los bienes en los términos del artículo 839 del Código civil;

Considerando que la presencia del cónyuge viudo es siempre necesaria en las operaciones de liquidación de una herencia, y ello tanto si se trata del supuesto de existencia de pluralidad de herederos, como en el caso de heredero único, bien porque éste lo sea desde el primer momento, bien por haber reunido por cesión la totalidad de las cuotas hereditarias, pues la naturaleza especial de la legítima vidual y el carácter de heredero forzoso que al viudo reconoce el artículo 807, 3.^º, del Código civil, impone que se de cumplimiento al principio de unanimidad en la partición, sancionado en el artículo 1.059 del mismo cuerpo legal;

Considerando que esta doctrina ha sido reiteradamente declarada por este Centro, entre otras en la Resolución de 14 de marzo de 1903, que confirmó la no inscripción de una escritura en la que no intervenía el viudo ni se le adjudicaba su cuota usufructaria, o la del 12 de junio de 1930, en donde se expone que por grande que sea la tolerancia con que se proceda corrientemente en esta materia, no puede autorizarse como práctica correcta el que no sólo deje de declararse el derecho de la viuda a la cuota usufructaria, sino que se realice la partición en que ella aparece interesada, sin su concurso ni representación;

Considerado que dado que no se trata de dar entrada en el Registro al derecho hereditario en abstracto, en cuyo caso el asiento pertinente sería, de acuerdo con el artículo 42, 6.^º, de la Ley Hipotecaria, la anotación corres-

pondiente, sino que se ha pretendido inscribir la adjudicación de los bienes concretos procedentes de la herencia del causante, el criterio adoptado en la escritura mediante el que se trata de salvaguardar el derecho del cónyuge viudo, a través de una afección general sobre todos los bienes hereditarios, provocaría —de aceptarse— una indeterminación en las inscripciones del otro heredero, que es incompatible con las bases de nuestro sistema legal hipotecario, en donde ha de imperar siempre la claridad y seguridad de los asientos registrales, para la salvaguardia de los terceros y demás personas interesadas».

Consideraciones críticas.—Ni qué decir tiene que la doctrina mantenida por la Dirección General en esta ocasión no hace más que confirmar el criterio reiteradamente seguido en alguna otra como las que cita en uno de sus considerandos: la de 14 de marzo de 1903 y la de 12 de junio de 1930, declarando la primera que «tampoco se adjudica al viudo su cuota usufructuaría, con arreglo a lo dispuesto en el Código civil, ni consta su renuncia a ella...», y expresando la segunda que «no sólo se deja de declarar el derecho de la viuda a la cuota usufructuaría legal, sino que se realiza la partición en que ella aparece interesada sin su concurso y representación».

Por todo ello, creo que las dos cuestiones que debemos afrontar en torno al comentario de esta resolución son los casos concretos en que se produce la existencia de un sólo heredero, casos a que alude el artículo 14, 3.^º, de la Ley Hipotecaria, y los supuestos de inevitable adjudicación de bienes bajo el principio de la unanimidad de criterio en la partición, a que alude el párrafo 2.^º del artículo 14 de la referida Ley.

a) *Casos de heredero único.*—¿Cuándo existe heredero único? Para que exista heredero único es preciso, conforme al artículo 82 del Reglamento Hipotecario, que no existan legitimarios ni persona autorizada, según el título sucesorio para adjudicar la herencia, salvo que en este segundo supuesto la única persona interesada en la herencia resultare ser dicho heredero.

La doctrina y la misma jurisprudencia ha ido examinando diversos casos y descartando la posibilidad de heredero único en el caso de que exista algún legitimario (salvo el caso de la legislación catalana), de que existan fideicomisarios, de que haya legatarios de parte alícuota o de bienes inmuebles determinados, de que sea precisa la liquidación de la sociedad de gananciales, etc. Existe heredero único en los casos de venta, donación, cesión o renuncia de que habla el artículo 1.000 del Código civil de uno al otro heredero, caso de ser dos o de todo a favor de uno, caso de ser varios, así como los casos en que exista un heredero en nuda propiedad, gravada a favor de otra persona de usufructo.

En el caso contemplado por la Resolución se da una cesión de uno de los dos herederos a favor del otro, por precio que se confiesa haber recibido. La cosa parece estar clara. Existe en este caso una cesión de derecho hereditario «abstracto», pues no se ha podido aún concretar la participación del cedente en bienes determinados de la herencia, y se han producido dos fenómenos jurídicos de importancia: la aceptación de la herencia por el cedente (artículo 1.000, 1.^º del Código civil) y la reunión de todo el caudal hereditario en una sola mano, esto es, en la del cesionario. Parece así convertirse el cesionario en heredero único ya que hábilmente se trata de reconocer

los derechos legitimarios del cónyuge viudo al amparo de una afección legitimaria de los mismos conforme a los términos del artículo 839 del Código civil.

La presencia del cónyuge viudo con su derecho legitimario hace imposible admitir la existencia de un heredero único. Sea cualquiera la configuración jurídica que se dé a la adquisición de la legítima por el cónyuge (considerarle como heredero, legatario en cosa cierta, legatario de parte alícuota, etc.), lo cierto es que su derecho legitimario debe ser satisfecho procediendo de acuerdo con el heredero como claramente dispone el artículo 839 del Código civil. Todo ello sin perjuicio de que previamente o a la vez fuese necesario —cosa que parece poner en duda el Notario recurrente—, verificar la liquidación de la sociedad conyugal. De ahí que no proceda lo que el artículo 83 del Reglamento Hipotecario denomina «escritura de manifestación de herencia» y sí una de partición y adjudicación de bienes hereditarios.

b) *Principio de unanimidad.*—Conforme a la doctrina que se desprende de los artículos 1.058 y 1.059 del Código civil, cuando existan varios herederos y ni el testador ni persona por él nombrada haya hecho la partición, todos pueden proceder de acuerdo para su realización a fin de que especificada y adjudicada a cada uno la parte que le corresponda pueda ésta tener su acceso al Registro de la Propiedad.

El principio de unanimidad no admite ni el sistema de mayorías, permitiendo que las minorías pudieran impugnar la partición, ni siquiera el sistema de realizar la partición y luego someterla a la aprobación judicial, previa citación del heredero rebelde, lo que vendría a suponer un consentimiento tácito por vía de silencio si el interesado no se opone. Aquí, en nuestro sistema, es preciso que todos consientan y, en su defecto, acudir a la vía judicial.

No se procedió así, ya que el cónyuge viudo no comparece en la escritura de «manifestación de herencia» y el heredero se limita a considerar que mientras no se concrete el usufructo todos los bienes quedan afectos al pago del mismo, o lo que es igual, aplica la norma del último párrafo del artículo 839 del Código civil. Pero así como las menciones legitimarias del artículo 15 de la Ley Hipotecaria propias del sistema catalán, tienen su adecuado cauce registral, aquí esa mención no procede, ya que el sistema hipotecario para el derecho común es o la anotación preventiva del derecho hereditario en abstracto a que se refiere el artículo 46 de la Ley Hipotecaria, o la inscripción de bienes o cuotas concretos de los mismos previa partición y adjudicación, cuando son varios los herederos o por la simple manifestación de bienes cuando sólo existe uno, conforme dice el artículo 14 de la misma Ley.

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANÓNIMA.—FECHA DE COMIENZO DE SUS OPERACIONES.—Es inscribible una escritura de constitución de sociedad anónima que señala en sus estatutos la fecha en que dio comienzo a sus operaciones «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.^º de la Ley», que las regula. (Resolución de 24 de febrero de 1970, *Boletín Oficial del Estado* de 21 de marzo de 1970).

Hechos.—Por escritura autorizada en Barcelona el 8 de noviembre de 1963, ante el Notario de dicha capital don Diego Pombo Somoza, se constituyó Sociedad Anónima «SIMBAR», en la que el artículo 3.^º de los Estatutos decía así: «La duración será indefinida y ha dado comienzo a sus operaciones el día 1.^º de julio del año en curso sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.^º de la Ley de Sociedades Anónimas».

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota. «Denegada la inscripción del presente documento, por cuanto el artículo 3.^º de los Estatutos de «SIMBAR, S. A.», señala una fecha anterior a la constitución y a la inscripción para el comienzo de las operaciones de la Sociedad, y por lo que se refiere a las operaciones de giro y tráfico contenidos dentro del objeto social, no se ajusta a lo dispuesto en la letra d) del apartado 3 del artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que sea de aplicación el artículo 7.^º de la citada Ley que hace referencia a contratos previos y limitados. No procede anotación preventiva de suspensión».

A efectos doctrinales, de reforma y subsidiariamente gubernativo, el Notario autorizante de la escritura interpone el correspondiente recurso y alega en su defensa tres o cuatro ideas que el Registrador en su nota informativa no acepta. El Notario dice que deben entrar en juego los artículos 1.255, 1.259 y 1.892 del Código civil que sustancialmente recogen la libertad contractual, el criterio de la ratificación y la gestión de negocios ajenos sin mandato, al amparo de los cuales lo hecho en nombre de la sociedad, puede ser ratificado por ésta en el plazo que marca el artículo 7.^º de la Ley de Sociedades Anónimas. La terminología empleada por el artículo 7.^º, al hablar de contratos y el artículo 11, d) de la Ley de Sociedades Anónimas, trata de compaginarla el recurrente con diversos argumentos, entre los cuales, el de que los actos previos y limitados nada impide que sean relativos al giro o tráfico de la Sociedad. También alega el antiguo Reglamento del Registro Mercantil de 1919, que ordenaba se hiciese constar en la primera inscripción «la fecha en que deba comenzar o haya comenzado sus operaciones», que da como vigente después de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades Anónimas, la cual sólo modificó la forma y el plazo de la ratificación de las operaciones realizadas por los gestores. Igualmente dice que el artículo 11 de la Ley de Sociedades habla de fecha en que la sociedad «dará comienzo», frase que no siempre puede interpretarse refiriéndose a un tiempo futuro y que la ratificación del artículo 7.^º hace que se consideren como propias de la sociedad las operaciones realizadas anteriormente.

El Registrador, en el informe que emite en defensa de su nota, considera

que la fecha de que habla el artículo 11, *d)* de la Ley de Sociedades Anónimas es fecha de futuro siempre y que el hecho de que el artículo 7.^º de la misma admita la validez de los contratos celebrados por los gestores antes de la constitución, queda subordinado a que se produzca la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y que la misma sociedad, una vez constituida, ratifique en el plazo y con los requisitos del artículo 7.^º de la Ley dichos contratos. Que dichos actos no quiere decir que sean realizados por la misma sociedad, ni que sean actos propios de ella, pues en estado de gestación no puede decirse que tenga capacidad para contratar. Que los artículos 7.^º y 11 en su letra *d)*, del apartado tercero se complementan, pues el primero habla de actos previos y necesarios y el segundo de operaciones del giro o tráfico de la empresa. Que si bien el criterio del anterior Reglamento Mercantil era el alegado por el recurrente, ha sido actualmente modificado por el 102 del vigente en consonancia con el criterio que mantiene la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 151 del Código de comercio.

La Dirección General de los Registros y del Notariado acuerda en su resolución revocar la nota y acuerdo del Registrador, sobre la base de los siguientes argumentos.

Doctrina.—«Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si es inscribible en el Registro Mercantil una Sociedad Anónima que, con arreglo a lo establecido en el artículo 3.^º de los estatutos sociales, dio comienzo a sus operaciones en fecha anterior al otorgamiento de la escritura de constitución, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.^º de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951;

Considerando que el artículo 11, 3.^º, *d)* de la Ley de Sociedades Anónimas exige que en la escritura de constitución de una sociedad se exprese «*la fecha en que dará comienzo a sus operaciones*», en tanto que idéntico apartado del artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil exige la inscripción de la «*fecha de comienzo de las operaciones*», precepto que tiene su antecedente en el número 6.^º del artículo 122 del Reglamento del Registro Mercantil de 1919, si bien éste permitía que pudiera hacerse constar la fecha «*en que se hayan comenzado las operaciones*»;

Considerando que en principio parece que las operaciones de una sociedad anónima deben comenzar cuando su proceso constitutivo esté terminado por haberse otorgado la correspondiente escritura pública, habiéndose inscrito ésta, además, en el Registro Mercantil —artículo 6.^º de la Ley de Sociedades Anónimas—, si bien es práctica habitual el consignar en las escrituras constitutivas que la sociedad da comienzo a sus operaciones en el día del otorgamiento de aquéllas;

Considerando que la misma Ley, en su artículo 7.^º, ha previsto la posibilidad de la existencia de actos o contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, dando validez, en todo caso, a los actos de los Gestores «*necesarios para la constitución de la Sociedad*», subordinando en cambio la de los restantes contratos, al doble requisito de la inscripción de aquélla y de la aceptación de tales contratos por la Sociedad, en plazo de tres meses;

Considerando que del examen de los preceptos citados se deduce que el comienzo de las operaciones sociales goza de plena protección y eficacia si

se realiza con posterioridad a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, pero que, un comienzo anticipado de las mismas no es contrario a los textos legales y alcanza plena eficacia si el proceso constitutivo llega a feliz término y la sociedad ratifica tales operaciones en término hábil, razones que son suficientes para considerar ajustado a derecho el citado artículo estatutario, que no hace sino recoger el dato de la fecha efectiva del comienzo de las operaciones sociales, pero subordinando su eficacia al cumplimiento de los requisitos que fija el artículo 7.^º de la Ley».

Consideraciones críticas.—El problema central de esta Resolución reside en si puede considerarse fecha de comienzo de las operaciones sociales una anterior a la fecha de constitución de la sociedad o, por el contrario, tiene que ser la fecha simultánea o posterior a dicha constitución.

A mi entender, la solución del problema no está en la terminología empleada por el artículo 7.^º y por el apartado *d*) del párrafo 3.^º del artículo 11 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, ni siquiera en el cambio de dicción del antiguo Reglamento del Registro Mercantil —ya derogado por el vigente de 14 de diciembre de 1956 y, como es natural, posterior al otorgamiento de la escritura en cuestión—, sino en el fenómeno jurídico de la ratificación. Es curioso cómo la ratificación es un medio subsanatorio, o de aprobación *ex post facto* —como diría CASTÁN— por el que el dueño del negocio hace suyas las consecuencias de lo hecho por otro a nombre suyo sin poder o excediéndose de sus poderes recibidos. La ratificación, de otra parte, tiene efecto retroactivo y, por ello, convalida el contrato celebrado desde el momento de su celebración, pero eso no quiere decir que desde ese momento se considere existente a la persona que lo ratifica. La validez del contrato y su eficacia son una especie de «*ficción legal*» que no puede alcanzar de ningún modo a la existencia de la persona que ejerce el derecho de la ratificación.

Para que pueda operar la ratificación —y no la confirmación— es preciso que no exista poder o que se exceda de los límites del mismo y que se contrate a nombre de una persona existente, pues aceptar lo contrario sería contrario a la lógica, ya que si la misma no existe o no puede existir, difícilmente puede ratificar. Trasladando dicha doctrina al campo de la sociedad y concretamente al artículo 7.^º de la Ley de Sociedades Anónimas, es claro que los que actúan a nombre de la sociedad lo hacen sin poder, pero a nombre de un ente que ya tiene una «*posibilidad de existir*». El caso es parecido a la aceptación de donaciones hechas a los concebidos y no nacidos, del artículo 627 del Código civil.

Debemos fijarnos con detenimiento en el artículo y en su redacción. Dicho artículo 7.^º no dice que la validez de los contratos celebrados deba subordinarse al doble requisito de la escritura pública previamente otorgada y a la inscripción en el Registro Mercantil, sino que solamente habla de este último requisito de la inscripción, lo cual da a entender que la escritura pública se ha otorgado y que lo único que falta es la inscripción en el Registro. Es decir, los contratos que el ente social en formación —posibilidad de existencia de un ente social—, puede ratificar son solamente los celebrados por las personas que contraten en su nombre (ya conocido por la escritura social), desde el momento del otorgamiento de la escritura hasta el momento en que

se verifique la inscripción en el Registro Mercantil. La escritura habrá señalado, con arreglo al artículo 11, *d*, párrafo 3.^o de la Ley de Sociedades Anónimas o la fecha misma del otorgamiento u otra posterior, pero nunca podrá referirse a una anterior, lo cual avisaría de la inexistencia del ente social y su falta de posibilidad de existencia, requisitos que se me antojan decisivos para que pueda entrar en funciones el requisito de la ratificación.

Concluyendo mi postura debo añadir que el hecho de que por la ratificación se consideren válidos los contratos celebrados por los que actúan a nombre del ente social, no quiere decir que el ente social deba considerarse existente desde ese momento, pues el efecto retroactivo se concede en beneficio del contratante que se relaciona con el ente social basándose en una apariencia, pero la ficción no puede llegar al extremo de reconocer como existente una sociedad, cuando se parte de una sociedad en constitución. De otra manera, habría que llegar a la conclusión de que inscrita en el Registro Mercantil la Sociedad, quedaban ratificados de derecho los contratos que los representantes de la misma hubieran celebrado, sin que fuera necesario el acto de ratificación.

Doctrinalmente no se plantea el supuesto. Jesús RUBIO (*Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, págs. 174 y sigs.), parte de la base de que hoy es imposible hablar de sociedad anónima irregular. Sin inscripción no existe la sociedad ni como contrato ni como organización legalmente unitaria respecto de terceros. Lo que interesa —decía el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas— a los acreedores y al público en general es no saber que se ha constituido una sociedad anónima, sino saber que la sociedad anónima que se ha constituido ofrece garantías suficientes para desenvolver su vida de manera normal... Difiere, sin embargo, dicho autor de la tesis que mantenemos y que sostiene GIRÓN TENA (*Sociedades Anónimas*, pág. 162), según la cual el artículo 7.^o soluciona problemas de validez y eficacia del contrato celebrado en nombre de la sociedad, mientras que RUBIO dice que dicha fórmula resulta poco feliz, ya que la inscripción en el Registro y la ratificación no afectan a la validez del contrato, sino al sujeto obligado, es decir, al patrimonio que como consecuencia de las obligaciones contraídas se entiende responsable, bien el de la sociedad, bien el del gestor.

Tampoco PUIG BRUTAU en sus notas a la obra de ROLF SERICK (*Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*), da solución para el caso, pero se aparta un tanto de la tesis de la inexistencia de las sociedades irregulares, diciendo: «Por otro lado, resulta que al amparo debido a terceros que de buena fe han contratado con una sociedad no constituida debidamente, pero que de hecho actúa como tal, precisamente exige que la apariencia de sociedad sea mantenida como una realidad frente a ellos. Hasta tal punto es así, que GIRÓN TENA cree que la mejor manera de explicar —o de asegurar— este efecto es reconocer que la sociedad irregular también tiene personalidad jurídica...» (*Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, pág. 179).

Con la doctrina de la Dirección General de los Registros que afirma «que el comienzo de las operaciones sociales goza de plena protección y eficacia si se realiza con posterioridad a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, pero que, un comienzo anticipado de las mismas no es contrario a los textos legales y alcanza plena eficacia si el proceso constitutivo llega

a feliz término y la sociedad ratifica tales operaciones en término hábil...», se llega a un «reconocimiento indirecto» de la figura de la sociedad anónima irregular. Las tesis doctrinales que han defendido con más o menos impulsos la existencia de dichas sociedades (GIRÓN TENA, ORTEGA PARDO, PUIG BRUTAU, etcétera), han recibido una gran aportación para discutir el problema con los que han sostenido la tesis contraria (GARRIGUES, RUBÍO, URÍA, POLO, etc.). ¿Jurisprudencia progresiva? ¿Necesidades de interpretación actualizada de preceptos legales? ¿Razones económicas o fiscales en la vida de la sociedad? Cualquiera que sea el motivo puede ser un justificador de este fallo, siempre que no intente apoyarse en una dicción legal o en el fenómeno jurídico de la ratificación.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS

A cargo de Juan CADARSO PALAU, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Juan de Dios DOVÁI DE MATEO, Gaudencio ESTEBAN VELASCO, Rafael GARCIA VILLAVERDE, Angel LUCINI CASALES, José POVEDA DIAZ e Ignacio SOLIS VILLA.

DERECHO CIVIL.

I. Parte general.

1. DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS: RECURSO DE CASACIÓN: *Una disposición de carácter orgánico administrativo, cual es la Orden de 11 de marzo de 1936, aprobando el Reglamento del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, no es apta como fundamento para una casación civil. [S. de 5 de febrero de 1972; no ha lugar.]*

2. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES DE S. A.: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *Cómputo. El plazo de caducidad ha de computarse desde la fecha del acuerdo.*

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: *Según dispone el artículo 6º del Código civil, los principios generales de derecho son fuente subsidiaria de derecho; para que puedan ser aplicados a la cuestión litigiosa controvertida es necesario que no existan las fuentes preferentes consignadas en dicho precepto.*

ANALOGÍA: *La analogía sólo es aplicable en defecto del precepto legal específico. [S. de 3 de octubre de 1970; desestimatoria.]*

3. CONTRATO DE OBRA: CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO: *Concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la aplicación del artículo 1.101 y concordantes del Código civil, cuales son la existencia previa de la obligación, su incumplimiento por la demandada, la realidad de los perjuicios ocasionados al otro contratante y el nexo de causalidad entre aquella conducta y el daño producido, cuya apreciación, como cuestión de hecho, está en principio atribuida al juzgador de instancia.*

CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO Y RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *No puede aducirse la interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil cuando la acción acogida por la sentencia no es la derivada de este artículo, sino la regulada por el artículo 1.101 del Código civil.*

PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO: ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: *La pretendida transgresión de este principio general requiere la cita de la ley o jurisprudencia en que se apoya, como es imprescindible para su efectividad.*

PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO: APLICACIÓN SUBSIDIARIA: *Los apotegmas jurídicos, como fuentes subsidiarias de derecho a tenor del artículo 6º del Código civil, sólo pueden invocarse a estos fines en defecto de ley o costumbre sus-*

ceptibles de resolver los puntos discutidos en el proceso, lo que no es de observar en el supuesto contemplado, según se desprende de la simple lectura del artículo 1.599, omitido en el recurso. [S. de 7 de febrero de 1972; no ha lugar.]

4. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR MATERIAL: *No puede reputarse como verdadera infracción legal que justifique la casación el que las motivaciones jurídicas de la sentencia afecten a un número distinto del que se transcribe, lo cual sólo pone de manifiesto que se padecía un mero error material, porque aunque aquella casación se produjese el resultado positivo tendría que ser el mismo, habida cuenta la bondad y razón intrínsecas en la apreciación de la sentencia que se recurre.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: *Citar tan sólo una sentencia en apoyo de la doctrina que se alega es insuficiente numéricamente para constituir una verdadera doctrina que pudiera estimarse infringida.*

PRESUNCIÓNES: *La presunción contenida en una norma queda incólume en casación si no se aporta la prueba necesaria para desvirtuarla. [S. de 18 de noviembre de 1970; desestimatoria.]*

5. NULIDAD RADICAL Y REQUISITOS DE IMPUGNACIÓN: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES DE S. A.: *El recurso no puede tener por nula una junta ni los acuerdos en ella tomados hasta que dicha nulidad no sea declarada por sentencia firme.*

Conforme al artículo 70 de la ley de 17 de julio de 1951, no se excluyen de la necesaria impugnación los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley y por ello nulos, conforme al artículo 4º del Código civil; aun dando por supuesto que fuesen radicalmente nulos crean una apariencia de legalidad necesaria de ser destruida por el correspondiente procedimiento judicial, produciendo mientras tanto los efectos como si de un acto conforme a derecho se tratase. [S. de 10 de junio de 1970; desestimatoria.]

6. INCONGRUENCIA: *Las sentencias absolutorias son congruentes al resolver todas las cuestiones debatidas en el pleito, salvo cuando el fallo absolutorio tenga por base un fundamento de hecho o una excepción autónoma que no se haya alegado ni discutido en el juicio, lo que no sucede en el presente caso.*

PRESUNCIÓNES: *No se puede censurar en casación el uso de este medio probatorio cuando no ha sido utilizado por el Tribunal «a quo», que afirma la existencia del precio por prueba directa.*

CAUSA: FIDEICOMISO DE RESIDUO EN CATALUÑA: DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *Deben desestimarse los motivos del recurso que envuelven una petición de principio, por hacer supuesto de la cuestión, partiendo de la base de la inexistencia de la compraventa, cuando la realidad del precio y de la causa son la base del fallo recurrido, aparte de que no puede prescindirse de las amplísimas facultades concedidas por el fideicomitente a su esposa para gravar y enajenar los bienes de la herencia. [S. de 11 de febrero de 1972; no ha lugar.]*

7. SIMULACIÓN ABSOLUTA POR FALTA DE CAUSA: VENTA REALIZADA POR USUFRUCTUARIO CON FACULTAD DE DISPONER: *La alegación de que la cláusula testamentaria*

envuelve un fideicomiso de residuo, y no un usufructo de disposición, resulta puramente especulativa o teórica. Rechazada en las dos sentencias la falta de legitimación del actor para impugnar las ventas, que se declaran nulas por inexistencia de precio y por su finalidad de defraudar a los nudo propietarios, no ha sido objeto de discusión en el recurso tal legitimación, que queda por reconocida. [S. de 23 de noviembre de 1971; no ha lugar.]

8. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DEFECTOS DEL RECURSO: *Es necesario, para que pueda prevalecer el recurso de casación por quebrantamiento de forma, citar el precepto legal infringido, no siendo suficiente invocar el número del artículo 1.693 de la ley procesal civil en que se ampara.*

RATIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN INSUFICIENTE: *La retroacción de la ratificación, como negocio unilateral receptio, está admitida en los artículos 1.259 y 1.727 del Código civil y por la jurisprudencia de esta Sala. [S. de 10 de diciembre de 1971; no ha lugar.]*

NOTA: El poder del procurador de la parte recurrida, que era una Sociedad Anónima, había sido otorgado por el consejero en funciones de director, y con posterioridad ratificado por el Consejo de Administración.

9. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *La interpretación del clausulado que forma el contenido de los negocios jurídicos corresponde al Tribunal de instancia y su criterio debe ser respetado en casación mientras no aparezca violento, desorbitado y arbitrario, por pugnar con el texto contractual libremente consentido por las partes, sin que en ningún caso deba admitirse la prevalencia del que éstas forman en su interés sobre el superior e imparcial de los órganos jurisdiccionales. [S. de 14 de octubre de 1970; desestimatoria.]*

10. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *Los contratos se ejecutarán y cumplirán según los términos en que fueron hechos o redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras «dichas» o «escritas», lo que equivale a imponer la primacía del texto contractual cuando el mismo se basta para regular la relación jurídica contemplada.*

BUENA FE: *El artículo 1.258 del Código civil constituye un precepto genérico que ha de armonizarse con los demás específicos que para cada contrato y cada supuesto contiene el Código civil. La voluntad de las partes es la creadora de los negocios jurídicos, cosa a tener en cuenta al tratar del alcance de la «buena fe» objetiva, de tal modo que dicho precepto no puede ser entendido sin tener presente el artículo 1.255 del Código civil, que proclama aquel principio. Por ello, al tener la buena fe un valor exclusivamente interpretativo —sirve para suplir, integrar y corregir el contenido del negocio en función hermenéutica—, es indudable que si no se conviene una obligación prohibitiva de concurrencia no cabe aducir una función interpretativa cuando falta la base en que apoyarla. [S. de 17 de junio de 1970; estimatoria.]*

11. RECURSO DE CASACIÓN: CAUSAS DE DESESTIMACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: *Debe desestimarse el recurso cuando se citan como infringidos, conjuntamente y en forma indeterminada, diversos artículos de una misma ley, y denunciándose*

al mismo tiempo interpretación errónea y la no aplicación de un precepto no se indica el párrafo del mismo que se estima transgredido.

INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *En casación debe respetarse la labor exegética realizada por los Tribunales de instancia, a no ser que la deducción a que lleguen sea equivocada o manifiestamente errónea, y no cabe acudir a normas de hermenéutica distintas de las consignadas en el artículo 1.281, 1º, del Código civil cuando el sentido literal del contrato demuestra con toda claridad la verdadera intención de los contratantes.* [S. de 17 de octubre de 1970; desestimatoria.]

12. INCONGRUENCIA: ALLANAMIENTO DE UNO DE LOS DEMANDADOS: *Aun cuando se allanó uno de los demandados, no es incongruente el fallo absolutorio de todos ellos, pues tratándose del ejercicio de una acción cuyas consecuencias no han de alcanzar sólo al allanado, sino también y de forma inseparable a sus dos hermanas, de las cuales una está en rebeldía y la otra se ha personado para oponerse a la demanda, no estaba a su alcance hacerlo con total eficacia en cuanto a la decisión final del pleito.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Ha de respetarse la de instancia, a menos que sea disparatada o conduzca al absurdo.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *Las sentencias de la propia jurisdicción nunca pueden ser invocadas como documentos auténticos a los efectos de demostrar el error de hecho.* [S. de 23 de diciembre de 1971; no ha lugar.]

13. INTERPRETACIÓN DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: *Es facultad privativa del Tribunal de instancia, cuyo criterio debe ser mantenido en casación, salvo que se trate de interpretaciones desorbitadas o arbitrarias que pugnen con las reglas de la lógica.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *Incide en falta de claridad el motivo que cita como infringido por violación el artículo 1.281 del Código civil, sin indicar cuál de sus dos párrafos es el violado.* [S. de 10 de noviembre de 1971; no ha lugar.]

14. CADUCIDAD: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES DE S. A.: *El artículo 1.973 del Código civil, si literalmente sólo se refiere a la prescripción de acciones, es susceptible de adaptarse, aun con más razón, al caso de «caducidad» de la que se ejercite al amparo de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas.*

ALCANCE DE LAS DISPOSICIONES FISCALES: *Las disposiciones fiscales, si bien de estricto cumplimiento, no pueden hacer por sí solas que decaigan derechos de naturaleza civil o mercantil.*

EXCESO DE JURISDICCIÓN DEL JUZGADOR: INCUMPLIMIENTO DE UN PRECEPTO ESTATUTARIO SOBRE ARBITRAJE: *Al cumplimiento de un precepto estatutario que establece un requisito previo conciliatorio no cabe darle mayores efectos que los asignados al propio «acto de conciliación» establecido con carácter general por la ley procesal, y cuya omisión no determina por sí solo en ningún caso la incompetencia jurisdiccional del juzgador si éste, por lo demás, es competente*

para conocer de la demanda que ante él se interponga sin cumplir aquel requisito. Por otra parte, dicho precepto deja a salvo por entero los derechos que correspondan a los accionistas con arreglo a las leyes.

INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: NULIDAD DE JUNTA Y NULIDAD DE LOS ACUERDOS TOMADOS: *La improcedencia del acuerdo social tanto puede provenir de su oposición a la ley o a los estatutos..., y de aceptar el criterio sostenido en la demanda sería preciso, en la mayoría de los casos, seguir dos pleitos sucesivos y distintos: uno para depurar las máculas que pudiera ofrecer la convocatoria, deliberación y decisión de la junta y otro para declarar la nulidad de los acuerdos adoptados, aunque en aquéllas no existiera anormalidad, exigencia dual que evidentemente no impone ningún precepto legal.* [S. de 5 de mayo de 1970; desestimatoria.]

II. Derechos reales.

1. VENTA DE BIENES MUEBLES A PLAZOS: RESERVAS DE DOMINIO PACTADAS EN CONTRATOS ANTERIORES A LA VIGENCIA DE LA LEY ESPECIAL: *El requisito de la inscripción en el Registro de ventas a plazos, exigido con carácter inexcusable por el artículo 23 de la ley de 17 de julio de 1965 para que sea oponible a tercero la reserva de dominio que se inserte en el respectivo contrato, es requerido exclusivamente para aquellas reservas establecidas en los contratos sujetos a la ley especial. Reconocido por la Sala sentenciadora que el contrato no estaba sometido a dicha ley, es obvio que no podía estar sujeto a una de sus disposiciones, como es la antes mencionada, sin que a ello obste que en la fecha en que se opuso al tercero ejecutante la reserva de dominio ya estuviera en vigor la expresada ley y sus disposiciones complementarias.* [S. de 29 de enero de 1972; ha lugar.]

HECHOS: Contrato de venta a plazos de maquinaria celebrado antes de la entrada en vigor de la ley de venta de bienes muebles a plazos. En dicho contrato se establece una reserva de dominio en favor del vendedor hasta que esté totalmente pagado el precio. Por deudas del comprador a la Hacienda Pública se embarga la referida maquinaria. El vendedor interpone tercería de dominio. El juez de primera instancia estima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia, afirmando que, a pesar de no estar el contrato sujeto a la ley especial, antes de la interposición de la demanda de tercería la reserva de dominio debía haberse inscrito en el Registro de ventas a plazos. Recurre en casación el vendedor, afirmando, entre otros argumentos, que para que el contrato pudiera inscribirse era preciso que hubiese sido extendido en el modelo oficial establecido por resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de julio y 14 de diciembre de 1966, cosa imposible por ser estas resoluciones posteriores a la fecha de celebración del mismo. El Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia, confirmando la de primera instancia en base a los argumentos antes expresados. Hay una cuestión que parece importante, pero que no resulta clara en la sentencia, y es que habiendo sido el contrato intervenido por agente de Cambio y Bolsa no resulta clara la fecha de dicha intervención ni las circunstancias de la misma, que el abogado del

Estado afirma son extrañas al no llevar fecha y no reflejarse en el libro registro.

2. ACCIÓN REIVINDICATORIA: *No puede prosperar al no haberse demostrado dos de los requisitos esenciales, como son la identificación de la finca reclamada y la detentación de la misma por el demandado.* [S. de 13 de noviembre de 1971; no ha lugar.]

3. ACCIÓN REIVINDICATORIA: CARGA DE LA PRUEBA: *Es el demandante el que debe probar su dominio sobre la cosa.*

ERROR DE HECHO: *Para invocarlo en casación es preciso señalar los documentos de cuya simple lectura aparezca de forma evidente el error.* [S. de 16 de octubre de 1971; no ha lugar.]

4. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: SENTENCIA DECLARATIVA: *No puede procederse en ejecución a la entrega de la cosa ni al cese de la posesión del inmueble cuando la sentencia que se trata de ejecutar es simplemente declarativa, y no de condena, en cuanto que sólo declara la nulidad de un contrato y la consiguiente propiedad de la actora, de acuerdo además con la acción ejercitada.*

EJECUCIÓN DE SENTENCIA: SENTENCIA DECLARATIVA: *No obsta a la anterior doctrina el hecho de que el demandado formulase reconvenCIÓN, pretendiendo la validez y eficacia de aquel contrato, y que la sentencia ejecutoria rechazase todos los fundamentos alegados.*

EJECUCIÓN DE SENTENCIA: CONDENA IMPLÍCITA: *Siendo la sentencia estrictamente declarativa, no puede reputarse sobreentendida la condena, a modo de consecuencia implícita del fallo, en base a que la propiedad viene acompañada normalmente del «ius possidendi», toda vez que la situación posesoria no fue discutida en modo alguno en el pleito.*

POSESIÓN Y PROPIEDAD: *El «ius possidendi» no coincide siempre con el «ius possessionis», cuya posibilidad como situación independiente del dominio da lugar precisamente al nacimiento de la institución poseatoria como distinta y separada de aquél, según aparece ya en el Derecho romano («separata esse debet possessio a proprietate, nihil commune habet proprietas cum possessione») y se mantiene en nuestra legislación, donde la posesión tiene tratamiento autónomo.* [S. de 25 de enero de 1972; ha lugar.]

5. TERCERÍA DE DOMINIO: *Procede si el tercerista compró la finca en escritura pública anterior, aunque no estuviera inscrita, a determinadas anotaciones de embargo.* [S. de 27 de diciembre de 1971; ha lugar.]

HECHOS: Venta de una finca en escritura pública. Dicha escritura se presenta en el Registro de la Propiedad y sin inscribir se retira por el presentante para proceder al pago del impuesto. Dicho asiento de presentación caduca y se cancela de oficio, al no volver a presentarse el título. Posteriormente se anotan varios embargos sobre la finca por deudas de los vendedores, titulares registrales de la misma. Interpone tercería de dominio el comprador, que ha inscrito con posterioridad la finca a su nombre. Se oponen varios de los em-

bargantes, formulando reconvención en el sentido de solicitar que se declare nula por simulación la escritura de venta y, consiguientemente, se cancele la inscripción de la misma en el Registro. El juez de primera instancia estima la tercería. Apelada la sentencia, la Audiencia desestima la tercería y asimismo la reconvención, al parecer por estimar que con posterioridad a la venta de la finca la misma había sido adquirida de nuevo por los primitivos vendedores. El Tribunal Supremo, al no estimar suficientemente probado este último hecho, casa la sentencia estimando la tercería, a reserva de que la cuestión, si se juzga procedente, sea reproducida de nuevo.

6. AGUAS PÚBLICAS Y PRIVADAS: *Las aguas que discurren por cauces artificiales, aunque en su origen sean públicas, pierden este carácter y toman el de privadas desde que entran en dicho cauce; con mayor razón ha de considerarse que las aguas son privadas si ya tenían dicho carácter con anterioridad a la primitiva Ley de Aguas de 1866, ya que tanto el artículo 424 del Código civil como el artículo 257 de la Ley de Aguas vigente reconocen eficacia a los derechos adquiridos con anterioridad a los mismos.*

AGUAS: COMPETENCIA: *Son de la competencia de los Tribunales civiles todas las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas y privadas. [S. de 8 de noviembre de 1971; no ha lugar.]*

7. ARRENDAMIENTO Y SUBARRIENDO DE MINAS: ARBITRAJE DE EQUIDAD: CARÁCTER CIVIL DE LAS CUESTIONES RESUELTA: *No infringe el laudo recurrido el artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni incurre en la causa de casación 3.^a del artículo 1.691 de la misma ley, pues es de advertir que las cuestiones que fueron sometidas a arbitraje se dirigen exclusivamente a solucionar divergencias entre los hoy litigantes dimanadas de contratos de arrendamiento o subarriendo, las cuales tienen naturaleza estrictamente civil, sin afectar a derechos de carácter público regulados por la vigente Ley de Minas, la cual dispone en su artículo 64 que los Tribunales ordinarios conocerán y resolverán las cuestiones que en las minas y concesiones de minas se promovieran entre partes sobre propiedad, participaciones, deudas y demás incidencias civiles, norma legal que reitera el artículo 181 del reglamento de dicha ley, sin que el carácter civil de dichas cuestiones esté en contradicción con el artículo 1.^o de la misma, que declara que las sustancias minerales orgánicas, cualquiera que sea su estado físico, su origen y forma del yacimiento, cuya explotación requiera la práctica de trabajos con arreglo a técnica minera son bienes de la nación, pues éstas podrán ser explotadas por el Estado directamente o ser cedidas para su explotación a españoles, sociedades y otras personas jurídicas legalmente constituidas, con lo que deja fuera del ámbito administrativo las relaciones entre éstas de carácter privado no afectantes al derecho público. [S. de 22 de enero de 1972; no ha lugar.]*

8. COMUNIDAD DE BIENES: COMUNIDAD HEREDITARIA: CONTRATO TRANSACCIONAL: *Del estudio del documento de 9 de enero de 1947, por el que las hermanas G. G. acordaron dividirse por partes iguales los bienes que a ambas había correspondido en las herencias de sus padres, se desprende de un modo claro y*

patente que constituye un contrato de transacción por el que ambas, deseando poner término a sus diferencias, acuerdan repartirse por partes iguales los bienes heredados, pero sin que se llegara a la constitución de una comunidad de bienes y menos una comunidad hereditaria, porque conforme al artículo 392 del Código civil es necesario: para la primera, que la propiedad pertenezca pro indiviso a varias personas, y para la segunda, que todos sean herederos, y en el caso presente hasta que tuviera efectividad lo convenido, cosa aun no lograda, pese a los numerosos litigios instados, no se constituiría la copropiedad, sino en el caso de adjudicarse pro indiviso algún bien determinado o de derecho, y en su consecuencia la acción que compete al actor es la personal para lograr el cumplimiento de lo convenido en el contrato transaccional.

PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: *Conforme a la constante y reiterada doctrina de esta Sala, para que la prescripción de las acciones opere es preciso que se demuestre con evidencia la presunción de su abandono por el titular, siguiendo con ello el espíritu espiritualista de nuestro Código, y como quiera que del estudio de lo actuado se desprende una constante y permanente voluntad de llevar a efecto lo convenido en el contrato de 1947 a través de los varios litigios al efecto seguidos con tal fin, es evidente que no cabe presumir el abandono de la acción por su titular, y que en todo caso el plazo que señala el artículo 1.974 del Código ha sido interrumpido conforme al 1.973. [S. de 31 de enero de 1972; ha lugar.]*

NOTA: Don F. G. falleció en 1922 bajo testamento abierto, en el que nombraba heredera universal en usufructo, con relevación de fianza e inventario, pero sin facultades dispositivas, a su esposa, M. G., y herederos nudos propietarios, por iguales partes, a sus tres hijos, A., T. y M. G.

La madre, M. G., que carecía de bienes propios, a pesar de no tener facultades dispositivas enajenó prácticamente todo el caudal hereditario, adquiriendo para sí otros bienes de los que dispuso por testamento en el que su hija A. G. quedaba sensiblemente perjudicada en relación con sus hermanos. Reconociendo la hermana T. G., pero no el hermano M. G., el perjuicio dicho en base a que el patrimonio hereditario de su madre había sido adquirido prácticamente en su totalidad a costa del caudal paterno, se avino a suscribir con su hermana A. G. un documento privado, de fecha 9 de enero de 1947, por el que ambas se allanaron a repartir entre sí, por partes iguales, los bienes hereditarios que les correspondían en la herencia de sus padres. Habiendo negado T. G. la autenticidad de tal documento, A. G. se vio obligada a demandarla, obteniendo sentencia firme favorable de fecha 10 de septiembre de 1948.

Más tarde, doña A. G. suscribió con el actor don S. G. Ll. documento privado de 1 de octubre de 1949 por el que aquélla hacia a éste dación en pago de todos los derechos que le correspondían en la herencia de sus padres, en los que quedaba subrogado, subrogación que fue notificada notarialmente a doña T. y don M. G., al tiempo que se les requería a fin de que se abstuvieran de celebrar ningún tipo de convenio relativo a los bienes hereditarios con su hermana doña A. G., quien, por haberse negado a elevar a escritura pública el documento de cesión de sus derechos a don S. G. Ll., fue demandada por éste y condenada en sentencia firme de 13 de julio de 1957, ni ningún acto relativo a dichos bienes que pudiera lesionar los derechos en los que se había subrogado.

El pleito objeto de la sentencia extractada se plantea precisamente como consecuencia de actos que el actor don S. G. Ll., más tarde recurrente, consideró lesivos a sus derechos.

9. NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO ESTABLECIDO POR LOS COMUNEROS A FAVOR DE UNO DE ELLOS: CÓMPUTO DE LA MAYORÍA: *El arrendamiento concedido por la totalidad de*

los copropietarios de una cosa común en favor de alguno de ellos es un arrendamiento, sin duda, especial habida cuenta de las relaciones que entran en juego —comunidad y locación—, de cuya armonización dependerá en la práctica la subsistencia de las respectivas titularidades, regulado por similitud con las normas de los actos de administración, tanto en su nacimiento como en cuanto a su vida y extinción. El comunero arrendatario tiene un derecho exclusivo sobre la cosa común referente a la totalidad de las facultades normales de uso y disfrute que con el arrendamiento se le ceden; de aquí que forzosamente tenga que tener la consideración de tercero y extraño a la comunidad, pues aquel uso y disfrute los ejercita en su propio interés y por cuenta propia, no en interés y por cuenta de los otros partícipes. Por ello, si surge el conflicto y para solventarlo es preciso recurrir al único sistema posible de la mayoría del artículo 398 del Código civil, es incuestionable que el arrendatario, aun siendo comunero, no podrá intervenir como tal, porque lo que entonces defiende y actúa es aquel interés extraño que deriva de la relación arrendaticia frente al interés propiamente comunitario que persiguen los demás; consiguientemente, no podrá entrar en participación en el objeto común para hacer el cómputo de la indicada mayoría, como pretende el recurso, porque implicaría el ejercicio de dos derechos representativos de otros tantos intereses contradictorios entre sí. De donde resulta evidente que cuando la sentencia impugnada decide que la copropietaria que ahora figura como recurrida, titular de un 50 por 100 de la propiedad común, tenía la mayoría requerida para negarse a la prórroga del contrato de locación, ya que frente a ella sólo se oponía el 25 del otro comunero, al no permitir computar la parte del actual recurrente —dada su condición de arrendatario— dio la única interpretación correcta jurídicamente respecto del procedimiento para formar la opinión mayoritaria del referido artículo 398 del Código en supuestos como el presente, al margen por completo del dominio de aquella parte que le reconoce el artículo 394 del mismo Cuerpo legal, cuya valoración al modo indicado, para estos específicos fines, no entraña preterición, ni mucho menos desconocimiento. [S. de 12 de noviembre de 1971; no ha lugar.]

10. LEGITIMACIÓN REGISTRAL: EFECTOS PROCESALES: *En una tercera de dominio en que se pide levantar un embargo trabado sobre una finca inscrita a nombre del embargado es inexcusable que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, conjunción procesal de las dos acciones que es perfectamente lógica, pues mientras no se ataque a la inscripción el contenido de ésta constituye un obstáculo para la decisión judicial, por lo que es preciso, de no haberlo reclamado previamente, que en el pleito se pongan a la vez en cuestión la realidad jurídica y los pronunciamientos registrales.*

RECURSO DE CASACIÓN: *No procede casar, aunque exista un motivo que se estima, cuando la sentencia que hubiera de dictarse en lugar de la casada habría de contener el mismo fallo.*

RECURSO DE CASACIÓN: CONTRADICCIÓN DEL FALLO: *La contradicción a que se refiere el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil ha de resultar de los términos del fallo. [S. de 2 de octubre de 1971; no ha lugar.]*

NOTA: Se estima el motivo de error de hecho en la apreciación de la prueba, pero ello no se considera suficiente para casar la sentencia, ya que el error no se estima relevante para el fallo.

III. Obligaciones.

1. EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL «A QUO»: *La concurrencia en el contrato de los requisitos exigidos por el artículo 1.261 del Código civil, en cuanto determinada por los hechos que les sirven de fundamento, es de la exclusiva competencia del Tribunal «a quo», y frente a su declaración sólo cabe demostrar la existencia del error de hecho o de derecho.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: INVOCACIÓN CONTRADICTORIA DE ARTÍCULO 1.281, PÁRRAFO 2.º, DEL CÓDIGO CIVIL: *El artículo 1.281 del Código civil contiene dos extremos, referido el primero a que la voluntad de los contratantes resulte de los términos claros y precisos del contrato, y el segundo al caso de contradicción evidente entre las palabras y la intención manifiesta de los contratantes, la cual ha de prevalecer, y el recurrente, si bien esgrime en apoyo de su tesis los términos literales de la carta por él suscrita, reveladores, según el mismo, de su voluntad, alega, contradictoriamente, el segundo párrafo del precepto legal citado. [S. de 12 de noviembre de 1971; no ha lugar.]*

2. INTREPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: CONTRATOS DE ADHESIÓN: SEGURO DE DAÑOS: CLÁUSULA AMBIGUA: *La cláusula de referencia aparece redactada en términos oscuros y ambiguos, pues sin hablar expresamente del plazo de un año para la prescripción de la acción para reclamar indemnizaciones, de hecho resultaría así en el caso de negativa a hacer efectivas tales indemnizaciones si se aceptara la tesis de la aseguradora, la que, por ser autora de la confusión, como ocurre en todos los contratos de adhesión, no puede prevalecer de ella en su beneficio para reducir el plazo de prescripción atribuido por la Ley a las acciones personales que no tengan señalado plazo especial; debiendo, en todo caso, prevalecer la labor interpretativa de los Tribunales de instancia sobre el particular criterio de los recurrentes, aunque cupiese alguna duda sobre su absoluta exactitud siempre que sea racional, como en este caso ocurre, pues el solo hecho de que hayan encontrado confusa la redacción de la cláusula discutida dos Tribunales de distinto grado revela su falta de claridad. [S. de 22 de diciembre de 1971; no ha lugar.]*

NOTA: Producida una colisión de vehículos, el conductor condenado a la indemnización de daños y perjuicios demanda a la Compañía con la que tenía contratado el seguro por los daños propios y ajenos para que le indemnice los daños y perjuicios, incluidos los gastos ocasionados por los procesos tramitados y en curso como consecuencia del accidente referido, a lo que opone la entidad demandada la excepción de prescripción, por virtud de lo establecido en el artículo 23, apartado c), de las condiciones generales de la póliza, cuyo tenor es el siguiente: «El derecho a reclamar ante los Tribunales asiste al asegurado durante el plazo de un año a contar desde el momento en que la Compañía le haya comunicado la cantidad en que calcula el siniestro o la negativa a hacerlo efectivo.»

3. PACTOS SOBRE COSTAS JUDICIALES: *Si bien en algunos casos la jurisprudencia ha proclamado la validez del pacto o estipulación sobre el pago de costas, en otras se le ha negado eficacia, «y en esta última tendencia es preciso insistir, ya que el artículo 1.168 del Código atribuye a los Tribunales la facultad de decidir respecto al pago de las costas judiciales con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento civil, sustrayendo así de la esfera de la autonomía de la voluntad el régimen de imposición de costas», doctrina aplicable al caso presente, en el que mediaban razones de justa oposición cuando se pedía el cumplimiento por determinada cuantía, no siendo procedente en su totalidad, concediéndose por ello menos de lo pedido, pues, en suma, la aplicación de la penalidad que las costas implican está sometida al prudente arbitrio de los Tribunales, y una cosa es conceder validez al pacto de costas en ciertos casos y otra su absoluta e indiscriminada obligatoriedad. [S. de 30 de noviembre de 1971; no ha lugar.]*

4. RECURSO DE CASACIÓN: LEGITIMACIÓN: *Si bien es cierto que una cosa es la personalidad a que se refiere el artículo 533, 2º, de la Ley de Enjuiciamiento civil y otra la legitimación «ad causam» entendida como acción o título de pedir, como igualmente es exacto que esta segunda, planteada en instancia no como excepción dilatoria, sino perentoria, puede tener acceso a la casación civil no a través del cauce del quebrantamiento de forma, sino por vía de la infracción de ley o de doctrina legal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no lo es menos que en estos casos el alegato no puede apoyarse en preceptos adjetivos, sino que debe respaldarse en los pertinentes de orden sustantivo que demuestren aquella carencia de causa, razón, acción o título con que se pide.*

CUESTIÓN NUEVA: *No es susceptible de ser estimado en casación un motivo que constituye una cuestión nueva, en cuanto no fue debidamente alegado en el periodo expositivo del pleito que origina el recurso.*

RESOLUCIÓN DE CONTRATO: *La sentencia que confirma la disolución de la sociedad irregular arrendataria y la resolución del arrendamiento, así como la imposición al gerente del deber de rendir cuentas, pero sin privarle de su calidad de tal durante el periodo liquidatorio, es inoperante por sí sola para destruir los efectos del contrato de arrendamiento, que no sólo continuó provisto de todos sus elementos originarios —entre ellos el consentimiento y el objeto—, sino que de hecho siguió operando plenamente y produciendo efectos jurídicos entre las partes, una de las cuales pretende sin razón jurídica desentenderse con efectos retroactivos al momento que le conviene, es decir, al instante en que dejó de cumplir sus obligaciones contractuales.*

OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL: MODIFICACIÓN EQUITATIVA DE LA PENA: *La afirmación de que la modificación se hará de manera equitativa —artículo 1.154 del Código civil— implica algo consustancial con la valoración y apreciación discrecionales, que es ajena a la idea de un mandato imperativo, así como la necesidad de que sea solicitado por aquel a quien interesa. Dicha potestad no se concede de una manera absoluta, sino que aparece condicionada a la circunstancia de que la obligación hubiera sido «en parte o irregularmente cumplida», lo cual supone una apreciación discrecional acerca de su constancia.*

que es puramente facultativa de los Tribunales de Justicia, hasta el punto de que no es susceptible de ser revisada en casación. [S. de 20 de noviembre de 1970; desestimatoria.]

5. NULIDAD POR USURA: LETRA DE CAMBIO: RELACIONES SUBYACENTES Y TENEDOR ENDOSATARIO DE BUENA FE: *Si bien puede ser correcto el razonamiento de la Sala de instancia, en cuanto a que la simple circunstancia de que una operación de préstamo usurario se arrope con las vestiduras de la letra de cambio, no es bastante para sustraerla del ámbito de protección de la Ley especial (de usura); sin embargo, no puede llevarse a sus últimas consecuencias, como hizo aquel Tribunal, de arrastrar con su nulidad la de todas las operaciones y actividades que realicen quienes entren en el círculo cambiario que la letra origina, siempre que lo hagan de buena fe y por alguna de las formas autorizadas por el Código de Comercio, ya que tal nulidad sólo podrá predicarse y declararse respecto de aquellos que aparezcan actuando con probada mala fe o en connivencia con los prestamistas para posibilitar el negocio ilícito subyacente o para participar en él. [S. de 6 de noviembre de 1970; estimatoria.]*

6. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL: DILIGENCIA EXIGIBLE AL ARQUITECTO DIRECTOR DE OBRA: *La diligencia exigible al arquitecto director de las obras no cabe confundirla con la simple negligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella diligencia obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, incluyendo, claro está, en sus deberes el conocimiento y estudio de las peculiares condiciones del terreno sobre el que se edifica y el cálculo de la carga, no excesiva, que el suelo debe soportar para evitar desplazamientos.*

CARÁCTER NO PERSONALÍSIMO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ARQUITECTO: TRANSMISIBILIDAD A LOS HEREDEROS: *Frente al argumento de que la responsabilidad contraída por el arquitecto director de la obra es exclusivamente suya y no puede ser contraída por sus herederos, dado el problema que se crearía a éstos al tener que asumir deudas futuras no conocidas al tiempo de abrirse la sucesión, cabe argüir que la responsabilidad del arquitecto no puede configurarse como una deuda personalísima e intransmisible a los herederos incluida en el artículo 659 del Código civil, que privaría a los perjudicados de la indemnización procedente, y que la integración de estas deudas en la herencia y su confusión con el patrimonio propio de los herederos puede evitarse fácilmente, y ello es aconsejable en estos casos, utilizando el beneficio de inventario. [S. de 22 de noviembre de 1971; no ha lugar.]*

7. CONTRATO DE OBRA: REVISIÓN DE PRECIOS: *No tiene aplicación lo dispuesto en el artículo 1.593 del Código civil cuando entre el promotor y el contratista ha mediado un pacto sobre revisión de los precios presupuestados.*

CASACIÓN: ERROR DE DERECHO: ARTÍCULOS 1.245 Y 1.247 DEL CÓDIGO CIVIL: *Al no contener estos artículos normas valorativas de prueba no puede fundarse en ellos un error de derecho.*

INCONGRUENCIA: CAUCE PROCESAL: *La vía procesal adecuada para denunciar la incongruencia, por haber dado el fallo más de lo pedido, es la del número 3.º*

y no el 2.º, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. [S. de 18 de diciembre de 1970; no ha lugar.]

8. CONTRATO DE OBRA: INDEMNIZACIÓN DEBIDA AL CONTRATISTA EN CASO DE DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL DUEÑO DE LA OBRA: RELACIONES ENTRE LOS ARTÍCULOS 1.594 Y 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL: *El derecho del contratista a percibir la indemnización a que se refiere el artículo 1.594 del Código civil no depende en absoluto de los móviles o razones que hayan inducido al propietario del terreno a desistir unilateralmente del contrato de obra concertado, y mucho menos de que concurren o no los requisitos exigidos por el artículo 1.124, por tratarse de dos preceptos autónomos o independientes entre sí que contemplan figuras jurídicas diferentes y se someten a distinto tratamiento.*

ERROR DE DERECHO: ARTÍCULO 1.253 DEL CÓDIGO CIVIL: DEFECTOS DEL RECURSO: *Debe desestimarse el motivo en que se denuncia un «error de derecho al aplicar el artículo 1.253 del Código civil», pues ni este precepto constituye norma valorativa de prueba a los efectos del error de derecho ni se consigna el concepto en que el recurrente estima cometida la infracción que denuncia.*

INCONGRUENCIA: HA DE CITARSE EL ARTÍCULO 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: *Debe ser rechazado el motivo que invoca el defecto de incongruencia en el fallo sin citar el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil (y, como consecuencia, tampoco el concepto de la infracción), norma rectora en el particular de ineludible mención en esta clase de impugnaciones.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: CONFUSIÓN: *Incurre en una confusión que no es correcta en la técnica procesal del recurso de casación el motivo en que se denuncia no sólo la infracción del artículo 1.281 del Código civil, sobre interpretación de contratos, sino también del 1.204 del propio Cuerpo legal, que regula la extinción de aquéllos, desarrollándose su contenido con expresiones de equívoca utilización sobre los artículos 594 y 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil, referentes a la prueba de confesión judicial. [S. de 19 de noviembre de 1971; no ha lugar.]*

9. INCONGRUENCIA: CUESTIÓN NUEVA: *Una cuestión que no haya sido alegada ni, por tanto, discutida en el período de planteamiento del litigio ofrece en casación los caracteres de «cuestión nueva», determinante de su inadmisión por estar comprendida en la causa 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

CUESTIÓN NUEVA: PODER IRREVOCABLE Y RENDICIÓN DE CUENTAS: *La tesis del poder irrevocable fundado en el artículo 1.733 del Código civil no fue alegada hasta ahora, sin que tampoco por sí suponga la relevación del mandatario de la obligación de dar cuenta de sus operaciones al mandante, que el artículo 1.720 exige a todo mandatario, salvo cláusula expresa. [S. de 16 de noviembre de 1971; no ha lugar.]*

10. DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD: *No basta la petición de disolución social hecha por un socio para que aquélla surja cuando otro se opone a la petición, ya que entonces el planteamiento de la contienda judicial supone la sustitución de la actividad de las partes por la del órgano jurisdiccional para declarar la voluntad.*

tad legal en el caso concreto, y es claro que hasta que esta declaración de voluntad legal surja y adquiera valor de cosa juzgada no puede estimarse jurídicamente que exista ni produzca efectos legales. [S. de 25 de junio de 1970; desestimatoria.]

11. CASACIÓN: INCOMPETENCIA POR CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE: *El artículo 11 de la Ley reguladora de los arbitrajes de Derecho privado establece «que si el compromiso no se hubiera voluntariamente formalizado o no se hubiere hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9.º y 10 el contrato preliminar quedará sin efecto», y como en el caso de autos las partes no llevaron a efecto el compromiso, según reiterada doctrina, por no existir tal compromiso, no se puede dar la excepción de incompetencia.*

CUESTIÓN NUEVA: *La cuestión nueva es un problema que, por no discutido en el pleito, ahora no puede apreciarse. [S. de 25 de noviembre de 1971; no ha lugar.]*

12. CONCURRENCIA Y PRELACIÓN DE CRÉDITOS: *Las sentencias de remate han de incluirse dentro de las aludidas en el apartado B) del artículo 1.924 del Código civil, y por tanto la preferencia entre los créditos objeto de dichas sentencias habrá de determinarse por la fecha de éstas.*

APERTURA DE CRÉDITO EN PÓLIZA INTERVENIDA POR CORREDOR DE COMERCIO: FECHA DEL CRÉDITO RESULTANTE A FAVOR DEL BANCO: *No puede ser, a efectos de concurrencia de créditos, la de la póliza de préstamo, y esto por las siguientes razones: a) porque el cliente sólo puede quedar obligado cuando dispone de todo o parte del crédito; b) porque su obligación, por tanto, en la fecha de la firma de la póliza no es pura y simple, sino que está condicionada, con condición suspensiva y potestativa, a la real y efectiva utilización del crédito otorgado; c) en ese primer momento el único verdaderamente obligado es el Banco, que se compromete a suministrar al acreedor las sumas pactadas, y d) porque para determinar el alcance de la obligación del cliente es forzoso conocer el saldo que resulte en su contra practicándose la liquidación, único instante en que el crédito exigible tendrá una autenticidad indubitable. [S. de 3 de noviembre de 1971; ha lugar.]*

HECHOS: Se trata del problema de la preferencia entre dos créditos: uno constante en documento privado, posteriormente reconocido, y otro de fecha posterior concedido por una entidad bancaria en una póliza intervenida por corredor de Comercio, y que en realidad era una apertura de crédito, ya que la cantidad del préstamo se pasaba a una cuenta corriente de la que podía disponer el deudor; ejecutados ambos créditos, se dicta en ambos sentencia de remate, la primera de las cuales corresponde al primer crédito. El juez de primera instancia considera preferente el primero; la Audiencia revoca la sentencia, considerando preferente al segundo, y el Tribunal Supremo casa, confirmado la sentencia de primera instancia.

IV. Derecho de familia.

1. COMUNICACIÓN FORAL DE BIENES EN VIZCAYA: *Siendo el marido vizcaíno infantón, el matrimonio quedó sometido a las normas jurídicas del Fuero de Vizcaya, entre las que destaca la comunicación de bienes.*

Si bien esta institución dio origen a numerosas controversias acerca de si sus efectos comenzaban a regir desde la celebración de las nupcias o a partir de su disolución, debe decidirse en el primer sentido: 1) Por expresarlo así los artículos 96 y 117 del Fuero Viejo de 1452, que constituye el inmediato antecedente del de 1527 y que se redactaron como consecuencia del reconocimiento de la observancia «que hasta aquí fue usada e acostumbrada» en la tierra llana; 2) Por desprenderse del texto de los artículos 7.^o y 9.^o del citado título XX, así como del 4.^o del mismo y del 6.^o del XXI, al otorgar los dos primeros a la mujer la posibilidad de hacer suyos, constante matrimonio, la mitad de los bienes conyugales en los supuestos de determinadas ventas, y al permitir los otros dos a cada uno de los esposos disponer de semejante cantidad en favor de sus hijos o descendientes; 3) Por ser ese el criterio mantenido por la mayoría de los comentaristas y por las resoluciones de 13 de junio de 1950 y 4 de octubre de 1958, así como por la práctica notarial, que exigió la comparecencia de la mujer en las escrituras de venta de bienes propios del marido, y 4) Por haberse recogido también semejante doctrina en el artículo 76 del proyecto de Apéndice de 1900 y por las sentencias de 26 de junio de 1857 y 7 de enero de 1959.

COMPILACIÓN DE VIZCAYA: IRRETROACTIVIDAD: *La Compilación carece de efectos retroactivos respecto de matrimonios celebrados con anterioridad, pero ello no es motivo suficiente para casar la sentencia que la aplica, en primer lugar, porque la solución sería la misma, y en segundo, porque las Compilaciones gozan de cierta eficacia retroactiva cuando recogen instituciones que con anterioridad estaban en vigor, por constituir normas orientadoras y dignas de ser tenidas en cuenta. [S. de 20 de noviembre de 1971; no ha lugar.]*

HECHOS: Se presenta demanda en reclamación de cantidad contra un vizcaíno y su esposa (contra ésta a los efectos del artículo 144 del Reglamento Hipotecario). Se solicita en ella el embargo preventivo de una finca que la esposa había adquirido por herencia siendo soltera. Se acuerda en autos el embargo de los bienes privativos del marido y de los gananciales. En virtud de ello se embarga la finca, la cual había sido objeto de ciertas obras durante el matrimonio. La esposa interpone tercera, estimándose la misma por el Juzgado, pero sólo en cuanto a una mitad de la finca. La Audiencia y el Supremo confirman la sentencia.

COMENTARIO: Queremos sólo aludir a ciertos problemas interesantes que plantea la sentencia:

a) Naturaleza jurídica de la comunicación foral de bienes: Aunque no se nos habla de este problema, implícitamente se reconoce que la naturaleza de dicha comunidad a estos efectos es la de ser una comunidad romana; en efecto, si no fuera así, no podría enajenarse de manera voluntaria ni forzosa, ni por tanto embargarse la mitad que corresponde a uno de los cónyuges. De todas formas el argumento no es totalmente decisivo, ya que la mayoría de la doctrina y la Dirección General de los Registros (resolución de 13 de junio de 1950) estiman que la comunicación foral de bienes es una institución híbrida, mezcla de comunidad romana y germánica. Este carácter híbrido, desde luego, plantea numerosísimos problemas que no podemos estudiar aquí.

b) Nacimiento de la comunidad: En la normativa actual parece claro que la comunidad nace en el momento de la celebración del matrimonio. Sin embargo la sentencia comentada, con referencia al Derecho anterior, sigue la misma doctrina que ya fue seguida por la sentencia de 28 de junio de 1918 y las resoluciones de 13 de junio de 1950 y 4 de octubre de 1958.

2. SEPARACIÓN DE MATRIMONIO CIVIL ENTRE NORTEAMERICANOS: DERECHO APLICABLE: *La cuestión afecta al estatuto personal y, por tanto, de acuerdo con los artículos 9.º y 14 del Código civil y la jurisprudencia constante de este Tribunal, debe aplicarse la legislación de aquéllos, en este caso la del Estado de Connecticut, y no el Derecho español.*

DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA: *La alegación de Derecho extranjero es una cuestión de hecho que tiene que ser acreditada por las partes de modo pleno e indubitado, no sólo por lo que se refiere al texto legal concreto, sino también en cuanto a su sentido, alcance e interpretación asignadas por los Tribunales del respectivo país, exigiéndose a estos efectos por esta Sala el dictamen conforme, debidamente legalizado, de dos jurisconsultos de aquel país.*

DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA: *Tales exigencias no pueden suplirse por la conformidad de los litigantes, la cual, si bien ha sido tenida en cuenta por ciertas sentencias de este Tribunal, lo fue respecto de textos legislativos de indiscutible vigencia, cual el Código civil francés, mientras que en este caso el acuerdo de los litigantes, de ser vinculante para la jurisdicción española, supondría tanto como eliminar el fundamental elemento de la prueba requerida, dado el carácter del documento presentado.*

DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA: *Es, pues, insuficiente una simple copia mecanografiada en cuartillas de papel común, tomada de un repertorio legal, edición de 1965, que se presenta traducida por un corredor intérprete (jurado) marítimo y autenticada por un Vicecónsul sólo en cuanto a que corresponde con dicho repertorio, pero no en cuanto a su vigencia ni a su relación con la legislación del Estado federal, careciendo, además, de las debidas legalizaciones.*
 [S. de 5 de noviembre de 1971; no ha lugar.]

V. Derecho de sucesiones.

1. ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA Y ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE LA LEGÍTIMA: APÉNDICE ARAGONÉS: *De acuerdo con las alegaciones de la demanda, la acción ejercitada ha sido la «petitio hereditatis», y no la acción de legítima que a los herederos forzosos concedía el artículo 33 del Apéndice foral, con plazo prescriptivo de cinco años.*

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA: PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: *La acción de petición de herencia, aludida en diversos artículos del Código civil, prescribe, según reiteradísima jurisprudencia, a los treinta años.*

CÓMPUTO DEL PLAZO: MOMENTO INICIAL: *La teoría de la «actio nata», recogida en el artículo 1.969 del Código civil, no tiene sencilla aplicación en los derechos reales, en los que parece que la acción ha nacido cuando el derecho ha sido lesionado o violado.*

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA: MOMENTO INICIAL DEL CÓMPUTO DEL PLAZO: *No ha de ser éste el de la defunción del causante, sino aquel en que el poseedor aparente empieza a poseer los bienes hereditarios «animo suo», titulándose dueño*

de los mismos, comportándose como tal y negando a los demás el carácter de heredero que invocan, que es verdaderamente el momento en que lesiona los derechos de ellos.

ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA Y USUCAPIÓN DEL HEREDERO APARENTE: *La alegada usucapión por éste de bienes singulares de la herencia no puede tener, según la jurisprudencia, plazos más cortos que los de la prescripción de la acción esgrimida, pues de otro modo se produciría la ineffectividad de tal acción.* [S. de 23 de noviembre de 1971; no ha lugar.]

2. ADOPCIÓN: PACTO SUCESORIO: INTERPRETACIÓN: *La declaración de los adoptantes en la escritura pública de adopción, por la que se obligan a instituir heredero al adoptado, no implica que dicha institución haya de ser necesariamente como heredero único.*

REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO: DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: *Dicha doctrina, de gran importancia en materia contractual, no es aplicable en materia sucesoria, en la que domina el principio de revocabilidad de las cláusulas testamentarias.*

TESTAMENTO OTORGADO EN BASE DEL PACTO: REVOCABILIDAD: *Ante la ausencia de una norma que expresamente proclame la irrevocabilidad no puede decretarse la nulidad del testamento que disminuye la participación hereditaria establecida en otro anterior.*

Hijo adoptivo: PRETERICIÓN: COMPLEMENTO DE LEGÍTIMA: *Si el adoptado con el compromiso de ser instituido heredero figura en el testamento, sea cual fuere la cuota asignada, no puede alegar preterición, pues aunque se le reparte heredero forzoso sólo tendrá derecho a pedir el complemento de su legítima.* [S. de 23 de mayo de 1970; desestimatoria.]

NOTA: A) Los hechos que motivaron el presente litigio fueron, en síntesis, los siguientes: Un matrimonio sin descendientes acoge desde su infancia a un niño de padres desconocidos; tras varios años de convivencia deciden adoptarlo, y seguidos los trámites oportunos otorgan la correspondiente escritura pública el 16 de febrero de 1955, en la que, entre otras cosas, se estipula que «los adoptantes se obligan a instituir heredero al adoptado, a cuyo efecto otorgarán los oportunos testamentos»; el mismo día y ante el mismo notario ambos cónyuges otorgan sendos testamentos, concebidos en iguales términos, por los que se deja el usufructo vitalicio al cónyuge y la nuda propiedad al hijo adoptivo. Fallece el padre, y varios años después, en 1967, la madre, habiendo otorgado esta última otro testamento en 1962, en el que se deja al hijo adoptivo el usufructo del caudal y la octava parte del pleno dominio de cierta finca, disponiendo del resto a favor de unos hermanos de la adoptante. El hijo adoptivo demanda la nulidad de este segundo testamento. El juzgador da lugar a la demanda, la Audiencia revoca la sentencia y el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación.

B) El conflicto presenta cierto interés, pues por el juego del Derecho transitorio puede volver a repetirse incluso con relación a la legislación anterior a la reforma de 1958. El primer problema que se plantea es el de la interpretación del pacto sucesorio contenido en la escritura de adopción, en la que sólo se habla de instituir heredero. La reforma antes citada dio un paso adelante tendente a la concreción de la cuantía y alcance de dicha institución, pues habla de «derechos establecidos» y fija un tope máximo de dos tercios de la herencia. La cuestión es dudosa, y ya antes de 1958 surgieron dos opiniones contrapuestas con relación a dicho alcance: según la primera, defendida por ORTEGA LORCA (*Mucius Scaevola*, tomo III, pág. 729, 5.^a edición, Madrid,

1942), en el caso de que no se hubiese fijado cuantitativamente la cuota hereditaria ésta sería de dos tercios, por analogía con la establecida para los hijos legítimos. CÁMARA, por el contrario, sostuvo (R. D. P., 1951, pág. 107) que heredaría en la totalidad, dado el principio de absorción típico de la sucesión universal.

En principio, la argumentación de CÁMARA es técnica y lógicamente mucho más sólida; ahora bien, si observamos la evolución posterior de la legislación, en la que se tendió primordialmente a robustecer el vínculo de la adopción y en la que ya se fijó el límite de los dos tercios, quizás pudiera sostenerse que ésta es la cuantía en que se sucedería, basándonos no en una presunta equiparación a los hijos legítimos, cosa entonces carente de base, sino en ese mismo principio de absorción del título de heredero, aunque limitado a dicha cuantía máxima, que es posible hubiera que admitir como salvaguardia de la libertad de testar. Aun con todo nos parece que la solución es dudosa.

Lo que si nos resulta mucho más claro es la inexactitud de la naturaleza que tanto la sentencia como el recurrente parecen atribuir al pacto sucesorio. Este constituye, en efecto, una verdadera delación hereditaria contractual, que por lo mismo no precisa para su eficacia que vuelva a ser reiterada en testamento. Cabrá, eso sí, que dicha participación sea aumentada, y en cuanto al aumento siempre será posible la revocación; pero en cuanto a la cuota fijada en el pacto no es que el testamento sea irrevocable, es que no hace falta; si existe y es conforme constituye una redundancia; si es contrario no es que sea nulo, sino simplemente ineficaz en cuanto a dicha porción.

Por eso mismo hablar de preterición nos parece una incorrección, pues la existencia de una delación contractual la hace inviable. Por análogas razones, también nos resulta incomprensible esa alusión al complemento de la legítima.

DERECHO MERCANTIL

1. **DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS ACCIONISTAS:** ART. 65 L.S.A.: *Este derecho de información y aclaración que el artículo 65 propugna, atentos a su lírica finalidad, no puede servir como medio para obstruir y paralizar la actividad social sobreponiendo a los intereses sociales el particular del accionista que solicita la información.* (Sentencia de 26 de diciembre de 1969: Desestimatoria.)

2. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES DE S. A.:

REQUISITOS SOBRE PRESENTACIÓN DE BALANCE: *La falta de requisitos necesarios marcados por la Ley en la presentación de Balances y rendición de cuentas por los Administradores impide la aprobación de su gestión por la Junta y por el acuerdo de la misma es nulo de pleno derecho por contrario a la Ley.*

INEXISTENCIA Y NULIDAD DE JUNTA: *La inexistencia de los efectos jurídicos del acto es consecuencia ineludible de la nulidad establecida en el artículo 4º del Código civil, mas ello no quiere decir que la Junta no fuera celebrada y se tomaran en ella unos acuerdos que si físicamente existieron no nacieron a la vida del derecho.* (Sentencia de 7 de octubre de 1970: Desestimatoria.)

3. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES:

CELEBRACIÓN DE JUNTA FUERA DEL DOMICILIO: *Siguiendo la pauta establecida por el artículo 63 de la Ley de 17 de julio de 1951, la Jurisprudencia ha declarado nulos los acuerdos adoptados por las Juntas de accionistas de las Sociedades Anónimas cuando se hubieran celebrado en localidad distinta de aquella en que está enclavado su domicilio fijado en sus Estatutos, a no ser que lo*

impidieran casos de fuerza mayor o se tratase de una Junta universal de las contempladas por el artículo 55, por entender que las infracciones cometidas en la convocatoria provocan, no sólo la invalidez de ésta, sino también la de cuantas resoluciones se convinieran con posterioridad, aún cuando contasen con el quorum exigido por los artículos 58 y número 2 del 84.

REQUISITOS DE OPOSICIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA: Para que la acción sea ejercitable al amparo de lo dispuesto en el artículo 67 y por el procedimiento establecido en el 70, es indispensable, según 69, que quienes concurren a la Junta húbicran hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado puesto que de otra forma carecerían de legitimación activa para la utilización de la acción esgrimida, aunque conservasen la plenitud de sus facultades para hacer valer su derecho de nulidad en el juicio declarativo ordinario que corresponda a su cuantía; y dicha impugnación, cuando se trate de infracciones que puedan afectar a la validez de la convocatoria debe hacerse constar al abrirse la sesión.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: Si bien es cierto que el artículo 1.310 del Código civil y la doctrina legal que le desenvuelve no autoriza la confirmación de los negocios jurídicos inexistentes o radicalmente nulos, la Junta no fue impugnada, a efectos del procedimiento establecido en el artículo 70 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el plazo de caducidad ordenado a tal fin por el párrafo 1.^o del artículo 68 de dicho Cuerpo legal, y su eficacia no puede combatirse por entrar en juego la doctrina proclamada por la Jurisprudencia, según la cual «cuando una norma concede un plazo de viabilidad a la acción para que dentro de él se ejercite, el transcurso del mismo sin ser actuado, produce, por ministerio de la Ley, su caducidad, que debe ser apreciada incluso de oficio, sin que a ello se oponga lo dispuesto en el 2.^o párrafo del artículo 68, que excluye de lo que anteriormente preceptúa las acciones de nulidad que se ejercitan por los trámites del juicio declarativo ordinario, ya que tal afirmación legal en forma alguna puede afectar a las relativas al procedimiento excepcional y privilegiado del artículo 70».

NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES Y PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN: Aun cuando dialécticamente se admitiera que en la constitución de aquella Junta existió algún vicio que la hiciera adolecer de nulidad ipso iure conforme al artículo 4 del Código civil, tal efecto no podría ser enjuiciado en este proceso (art. 70 L. S. A.) de características muy especiales, ni provocaría los efectos pretendidos por hallarse protegida por una apariencia de legalidad que requeriría una declaración pública para ser destruida erga omnes (Sentencia de 23 de noviembre de 1970: Desestimatoria.)

4. **FACULTADES DEL DIRECTOR GERENTE Y ORDEN DEL DÍA:** Una cosa es la facultad del Director Gerente para ejecutar los acuerdos del Consejo, y otra muy diferente es que, extralimitándose, se arrogue atribuciones que no tiene, cuando es el propio Consejo de Administración el llamado a determinar los asuntos que han de tratarse en la Junta y no el Director Gerente..., pues no hay que olvidar que el orden del día debe reflejar las cuestiones a tratar en la Junta, pero conforme al acuerdo tomado en el Consejo, y que de la importancia que para los socios puedan tener los asuntos a decidir pueden depender la asistencia de los con-

vocados, sin que el Director Gerente se halle facultado para determinar, adicionar o aumentar dichas cuestiones.

REQUISITOS DE OPOSICIÓN A LOS ACUERDOS: ARTÍCULO 69 L. S. A.: *A ese acuerdo en su totalidad se opuso la hoy recurrente votando en contra de él, lo que basta para que la exigencia legal deba entenderse cumplida.*

CAUSAS DE IMPUGNACIÓN Y NECESIDAD DE LESIÓN DEL INTERÉS SOCIAL: El artículo 67 L. S. A. establece claramente tres causas de impugnación... que en su consideración aislada ofrecen características que diferencian notablemente a los comprendidos en los dos primeros grupos respecto a los integrantes del tercero, no siendo necesaria pues, en los dos primeros casos la prueba o demostración de un resultado, bastando que los acuerdos concilquen las prescripciones de la Ley o se opongan a las disposiciones de los Estatutos (Sentencia de 28 de septiembre de 1970: Estimatoria.)

5. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES DE S. A.: LESIÓN DEL INTERÉS SOCIAL: INCONCRECIÓN: *El perjuicio a la sociedad lo considera como mera hipótesis sin concretar la clase, la entidad, ni siquiera la realidad del daño y mucho menos que esa supuesta lesión social se haya producido en beneficio de uno o varios accionistas; y en su virtud estuvo bien denegada la prueba cuya discrecional resolución no puede combatirse en casación con la simple cita del artículo 67 de la Ley de S. A. (Sentencia de 12 de mayo de 1970: Desestimatoria.)*

6. EJECUCIÓN DE SENTENCIA SOBRE NULIDAD DE ACUERDOS SOCIALES DE S. A.: *Si bien es cierto que tratándose de una sentencia meramente declarativa podría dudarse si bastaba para su ejecución la notoriedad que implica y persigue la institución del Registro Mercantil, como parece haber interpretado el auto recurrido teniendo como suficientemente ejecutada la sentencia anulatoria de los acuerdos con su inscripción, estas dudas están perfectamente disipadas en el Reglamento de Registro Mercantil, cuyo artículo 113 dispone terminantemente que si en sentencia firme se declara la nulidad del acuerdo impugnado el Juez ordenará la cancelación de la inscripción de dicho acuerdo y el Registrador procederá a la cancelación de los mismos en virtud del mandamiento que expresamente lo ordenare; teniendo en cuenta que no existe ninguna prohibición establecida por la Ley ni límite para pedir diligencias de ejecución mientras la sentencia no esté completamente ejecutada. (Sentencia de 27 de noviembre de 1970: Estimatoria.)*

7. LETRA DE CAMBIO: FIRMA DE FAVOR: TERCERO TENEDOR NO CONOCEDOR: *La Jurisprudencia ha deslindado completamente las relaciones entre los intervinientes en el contrato cambiario, distinguiendo con toda claridad cuándo la reclamación se refiere a las relaciones entre librador y librado, en que se precisa la provisión de fondos y puede ventilarse el contrato subyacente en juicio declarativo y en toda su extensión, de las que tienen lugar con el tercero tenedor de la letra que no haya intervenido en tal contrato; en ese caso debe ser considerado tercero cambiario y es de rigurosa aplicación el artículo 480 del C. de C. (Sentencia de 22 de mayo de 1970: Desestimatoria.)*

8. LETRA DE CAMBIO: ENDOSO: FIRMAS DE APONDERADOS Y ADMINISTRADORES DE COMPAÑÍAS: *Es suficiente y bastante a efectos del artículo 447 del C. de C. la*

apariencia de poder que ostentan los administradores, que no sólo figuran como apoderados de la Sociedad..., sino como órganos de su Consejo de Administración, por lo cual cuando el librador o endosante de una cambial es una empresa o sociedad es suficiente, cumple el trámite normal, la firma del representante de ella, juntamente con la mención de la estampilla de la razón social en cuya representación actúa aquél.

RECONVENCIÓN: *La absolución de la acción reconvencional es correcta cuando se trata de la extinción de una falta de legitimación «ad causan» (Sentencia de 24 de abril de 1970: Desestimatoria.)*

9. INCONGRUENCIA: *Exceso de poder. Para que exista la congruencia es necesario que las pretensiones que el fallo acoge se hayan producido con oportunidad procesal, dentro del principio de preclusión imperante en nuestra Ley procesal civil, artículos 359 y 548... La petición hecha en la réplica no tiene correspondencia con la súplica de la demanda, produciéndose la petición extra-temporalmente... y esa pretensión, irregularmente formulada, es acogida en el fallo, con lo que falta el principio de congruencia, por no haber sido aducida e implicar una innovación en la súplica de la demanda.*

El vicio de incongruencia doctrinalmente presupone exceso o extralimitación de poder, dado el principio dispositivo que informa nuestro procedimiento civil.

LETRA DE CAMBIO: EXCEPCIONES: NATURALEZA DE LA FALSEDAD: *Cuando la falsoedad tiene los caracteres de antijuridicidad y tipicidad previstas en la Ley Penal esas figuras delictivas sólo pueden ser perseguidas y juzgadas en la esfera penal y por los tribunales de lo Criminal.*

JUICIO EJECUTIVO: FALSEDAD DEL JUICIO EJECUTIVO: *Se estima pertinente señalar que la primera de las excepciones oponibles en un juicio ejecutivo, aunque se trate del promovido para el pago de letras de cambio (arts. 1.464, 1 y 1.465 LEC.), es la de la falsoedad del título ejecutivo o del acto que le hubiera dado fuerza de tal, constituyendo esta última parte de la disyuntiva una adición al párrafo primero del artículo 963 de la Ley anterior, refiriéndose a los casos en que aún siendo legítimo el título de la obligación resultare falso el reconocimiento de la firma o confesión de deuda que da a aquel fuerza ejecutiva (Sentencia de 6 de junio de 1970: Estimatoria.)*

10. COMPROVANTA MERCANTIL SOBRE CALIDAD CONOCIDA EN EL MERCADO: *No existe aplicación indebida del artículo 327 del Código de Comercio a un supuesto de compraventa mercantil de mercaderías determinando calidad conocida en el comercio, ya que dicho precepto se refiere a esta cuestión conjuntamente con la modalidad de venta sobre muestras. (Sentencia de 17 de octubre de 1970: Desestimatoria.)*

11. COMPROVANTA MERCANTIL: COMPETENCIA: *No existiendo pacto de sumisión, ni habiéndose determinado el lugar del cumplimiento de la obligación, será competente el Juzgado del lugar donde tiene su establecimiento mercantil el vendedor, por ser donde, salvo pacto en contrario, se entienden entregados los géneros vendidos. (Sentencia de 26 de octubre de 1970.)*

12. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: No habiéndose sometido las partes expresa o tácitamente a Jurisdicción alguna y no pudiendo servir en este sentido ni la fórmula impresa que figura en alguna de las facturas, puesto que carecen de la firma que indicaría el asentimiento del comprador, ni el concepto en que viajasen las mercaderías, ya que unas veces se decía ser a porte pagado y otras a porte debido, lo que induce a pensar que la entrega se efectuaba en un caso en el domicilio del fabricante que vendía y en otro en el lugar de residencia del comerciante que compraba, y tratándose de una compraventa mercantil, deberá entenderse entregado el objeto vendido en el domicilio del vendedor, lugar de cumplimiento de la obligación decisivo a la hora de determinar la competencia.

Asimismo, no es obstáculo para la aplicación de esta regla general la existencia de letras de cambio domiciliadas en la localidad donde reside el comprador, porque esto no indica determinación de competencia al constituir únicamente una simple facilidad para la percepción del precio, insuficiente por sí sola para influir sobre aquélla. (**Sentencia de 26 de junio de 1970:** Resuelve competencia.)

13. COMPRAVENTA MERCANTIL: COMPETENCIA: En las compraventas mercantiles se entiende entregada la cosa vendida en el lugar donde el vendedor tiene su establecimiento, que es donde ha de cumplirse la obligación de pago, el cual es determinante a efectos de la competencia. (**Sentencia de 26 de septiembre de 1970:** Resuelve competencia.)

14. COMPETENCIA: COMPRAVENTA MERCANTIL: Evidenciada la existencia de una compraventa mercantil y ejercitada una acción personal para el cobro del precio de la misma, no existiendo pacto de sumisión ni determinado el lugar del cumplimiento de la obligación, procede estimar que tanto la entrega de la cosa como el pago del precio deben hacerse en el lugar del establecimiento mercantil del vendedor. (**Sentencia de 3 de diciembre de 1971:** Cuestión de competencia.)

15. COMPETENCIA: COMPRAVENTA MERCANTIL: Tratándose de una operación entre comerciantes, salvo pacto en contrario, los géneros de comercio se entienden entregados en el establecimiento mercantil del vendedor y al Juez del domicilio de éste corresponde conocer de la demanda pidiendo el pago del precio de la mercancía. (**Sentencia de 20 de diciembre de 1971:** Cuestión de competencia.)

16. COMPETENCIA: COMPRAVENTA MERCANTIL: Ejercitándose una acción personal en reclamación del importe de parte del precio de unos televisores objeto de una compraventa mercantil concertada entre los litigantes, sin que conste que hayan viajado o no por cuenta y riesgo de alguno de ellos, se hace indudable que, de conformidad con la regla primera del artículo 62 L. e. c., el conocimiento de las actuaciones corresponde al lugar donde debe cumplirse la obligación, que conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.500 del Código civil, aplicable a las ventas mercantiles —artículo 50 del Código de Comercio y reiterada doctrina de esta Sala— lo es, salvo estipulación en contrario, aquel en que la mercancía fue entregada, y como al no haberse pagado el precio de los aparatos, y extendiendo unas letras de cambio, como facilidad para el pago, dada por el vendedor, al no haberse acreditado por cuenta de cuál de aquéllos se llevó

a cabo el transporte, debe presumirse que la entrega se hizo en el domicilio del vendedor. (Sentencia de 19 de noviembre de 1971: Cuestión de competencia.)

DERECHO PROCESAL

1. EFICACIA DE SENTENCIAS DE PROCESO CRIMINAL EN LA CASACIÓN CIVIL: *Las sentencias dictadas en un proceso criminal no tienen eficacia suficiente para ser considerada como documentos auténticos a efectos de casación civil y contrarrestar la estimación que haga del conjunto de la prueba esta última jurisdicción, valorando los hechos del litigio en el orden estrictamente civil pues, si para la existencia del delito se apreciaron unas circunstancias que lo determinaron, a efectos civiles se pueden matizar otras que, sin constituir materia punible, tengan virtualidad para crear o no relaciones de tipo contractual civil.*

PRUEBA: *Siendo el artículo 1.248 del Código civil sólo admonitivo, no puede atacarse el valor dado por el Tribunal a la prueba de testigos.*

DOCUMENTOS: *Los dictámenes médicos no son documentos auténticos, sino pruebas pericial o testifical según la forma en que se hayan emitido, sin que su aportación por testimonios les prive de su carácter específico y constituyen una prueba cuyo análisis, calificación y apreciación corresponde al Tribunal de instancia, sin que quepa contra su estimación recurso alguno. (Sentencia de 27 de mayo de 1970: desestimatoria.)*

2. COMPETENCIA: CLÁUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA: *Existiendo una cláusula de sumisión expresa forzosamente hay que estar a ella por imperativo de lo dispuesto en los artículos 56 y 57 de la Ley Procesal Civil. (Sentencia de 9 de diciembre de 1971: Cuestión de competencia.)*

Se trata de una póliza de seguros cuya primera condición general dice: «Se consideran como tales las contenidas en el Reglamento de la Sección de Seguros de Automóviles —que fue aprobada oficialmente por la Orden Ministerial del Ministerio de Hacienda de 29-XII-1965— de que se entrega un ejemplar al mutualista a la firma del contrato, quien manifiesta conocer el texto...» en cuyo artículo 71 se dice «para las cuestiones que puedan suscitarse entre... y la Sección serán competentes, por renuncia expresa del fuero que pudiera corresponder a las partes, los Tribunales de Justicia de Madrid.

3. COMPETENCIA: *Al no ser posible determinar cuál ha sido el lugar del contrato, no queda otra alternativa, entre las previstas por la regla 1.^a del artículo 62, L.E.C., para cuando se ejercitan acciones personales, que el del domicilio del demandado. (Sentencia de 16 noviembre de 1971: Cuestión de competencia.)*

4. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER: *Las diligencias para mejor proveer no han de practicarse de modo preceptivo, sino que son discrecionales, sometidas al arbitrio del Tribunal. Su falta de práctica no puede dar lugar al recurso de quebrantamiento de forma, pues corresponden a la discrecional y propia iniciativa de los jueces y Tribunales, después de la vista y antes del fallo, artículo 340 de la Ley Rituaria, por lo que no puede establecerse*

equiparación entre dichas diligencias y los medios ordinarios de prueba. (Sentencia de 27 de enero de 1972: no ha lugar.)

5. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: NECESIDAD DE AGOTAR LOS RECURSOS ORDINARIOS: *Contra la resolución denegatoria de recibimiento a prueba en segunda instancia, no se ha recurrido en súplica, y sabido es que, en términos generales, el recurso de casación, como extraordinario que es, no se da cuando no se hayan apurado todos los ordinarios.*

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER: *La facultad de acordar la práctica de diligencias para mejor proveer, dentro de lo dispuesto en el artículo 340 de la Ley Procesal Civil, es de exclusiva incumbencia de los tribunales de instancia y contra su decisión, positiva o negativa, no cabe recurso alguno, dada la índole de esa facultad discrecional. (Sentencia de 15 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

6. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: RECIBIMIENTO A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: *El recibimiento a prueba en segunda instancia, cuando se solicita invocando como fundamento el número tercero del artículo 862 de la Ley rituaría civil, únicamente puede otorgarse si después del término concedido para proponerla en primera hubiera ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión de la cuestión litigiosa, circunstancia que debe apreciar el Tribunal «a quo» (Sentencia de 22 de diciembre de 1971: no ha lugar.)*

1. INCONGRUENCIA: *No existe violación del artículo 359 de la L.E.C., puesto que razonada en las dos sentencias de instancia la inadmisibilidad de la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada, y estimada la demanda, se han de entender desestimada en el fallo las excepciones alegadas, cuya estimación hubiera impedido entrar a conocer del fondo del asunto según reiterada jurisprudencia de esta Sala.*

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: *No puede tener su base en prueba testifical ni de confesión judicial. (Sentencia de 24 de enero de 1972: no ha lugar.)*

8. RECURSO DE CASACIÓN CONTRA AUTO QUE DENIEGA EXCEPCIÓN DILATORIA: *Conforme a lo prevenido en los números primero de los artículos 1.689 y 1.690 de la L.E.C., sólo procede recurso de casación contra las sentencias definitivas de las Audiencias o contra los autos que recayendo sobre un incidente o artículo ponen término al pleito haciendo imposible su continuación; no tienen el carácter de definitivas las resoluciones que desestiman las excepciones dilatorias porque lejos de poner fin a la litis facilitan el curso del proceso, es decir, terminan con la dilación que dichas excepciones pretenden, y por consiguiente, contra las indicadas resoluciones no cabe el recurso de casación. (Sentencia de 13 de diciembre de 1971: no ha lugar.)*

9. ACCESO A CASACIÓN DE JUICIOS INICIADOS ANTE JUZGADOS MUNICIPALES: *Modificada la competencia de los Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales por Ley de 20 de junio de 1968, éstas últimas conocen del recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en juicios promovidos ante los Juzgados Municipales y Comarcales antes atribuido a los Juzgados de Primera Instancia,*

en los términos establecidos en dicha ley; mas tal modificación de competencia no supone en modo alguno que los juicios iniciados ante dichos Juzgados Municipales y Comarcales tengan acceso a la casación, puesto que, como queda expresado, por virtud de dicha Ley las Audiencias Provinciales sustituyen en su función jurisdiccional a la antes atribuida a los Juzgados de Primera Instancia respecto a los procedimientos expresados y en modo alguno pude la citada Ley ser interpretada en el sentido de otorgar el recurso de casación a procesos que ya con anterioridad carecían del mismo, no siendo aplicable a éstos el artículo 1.689, L.E.C. (Sentencia de 20 de enero de 1972: no ha lugar.)

10. DEFECTOS DEL RECURSO: *El rigor formalista característico de toda clase de recursos de casación, concretado en la exigencia de claridad y precisión, implica la necesidad, cuando se trata de quebrantamiento de forma, no sólo de indicar el número pertinente del artículo 1.693 de la Ley Procesal Civil en que se ampara, sino también ha de precisar el precepto o preceptos de orden adjetivo que se denuncian como vulnerados.* (Sentencia de 17 de noviembre de 1971, no ha lugar.)

11. CASACIÓN: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL: *Contra la apreciación que de la prueba testifical hagan los Tribunales en uso de la facultad que les confieren los artículos 1.248 del Código civil y 659 L.E.C., no se da el recurso de casación.*

DEFECTOS DEL RECURSO: FALTA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN: *Es impróspero, conforme a lo prevenido en el número cuarto del artículo 1.729 L.E.C., el motivo que denuncia la infracción, por violación, de los artículos 1.281, 1.282 y 1.289 del Código civil, por cuanto no se concreta, con la claridad y precisión necesarias, en qué se hace consistir el error interpretativo que se imputa al juzgador, ni cuál es la interpretación que propugna el recurrente.* (Sentencia de 7 de febrero de 1972: no ha lugar.)

12. CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *Según constante jurisprudencia, débense entender como «cuestiones no debatidas en el pleito» a que se refiere el número 5.^o del artículo 1.729 L.E.C., aquellas que no fuesen suscitadas en los períodos de alegación y discusión del pleito precedente.*

DEFECTOS DEL RECURSO: FALTA DE PRECISIÓN Y CLARIDAD: *La determina la cita conjunta respecto de una misma Ley o doctrina, de varios de los conceptos que, de infracción, se señalan en el número 1.^o del artículo 1.692 L.E.C., cual ocurre con el motivo que denuncia «violación por interpretación errónea» referida a determinada Ley o doctrina.*

ERROR DE HECHO: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No tiene este carácter aquél que fue objeto principal del debate habido en instancia.* (Sentencia de 28 de enero de 1972: no ha lugar.)

13. CASACIÓN: CUESTIÓN NUEVA: *Mediante los escritos de demanda y contestación se estableció entre las partes contratantes lo que había de ser objeto de litis: sobre la base exclusiva de la pretensión del actor de la resolución del contrato de arrendamiento por haber realizado el inquilino obras inconsentidas y la oposición del demandado alegando que le habían sido autorizadas, siendo, por tanto, enteramente*

mente nueva la cuestión sobre falta de legitimación activa, que plantea el único motivo del recurso. (Sentencia de 2 de diciembre de 1971: no ha lugar.)

14. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *El artículo 1.720 L.E.C. dispone que si fueran dos o más los fundamentos o motivos del recurso, se expresarán en párrafos separados y numerados, precepto cuya inobservancia hace incurrir el recurso en la causa de inadmisión prevista en el número cuarto del artículo 1.729 que en esta fase decisoria se convierte en causa de desestimación, supuesto que es el que aquí se da, toda vez que se articula al amparo de los números segundo y tercero del artículo 1.692, conjuntamente, los cuales comprenden tres tipos o clases de incongruencia, la positiva, la negativa y la mixta.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA TESTIFICAL: *Contra la apreciación de la prueba testifical que hagan los Tribunales de instancia en uso de las facultades que en el artículo 1.248 del Código civil les confiere, no se da el recurso de casación. (Sentencia de 25 de octubre de 1971: no ha lugar.)*

15. DEFECTOS DEL RECURSO: *Se fundamenta el recurso en los núms. 3.^º y 5.^º del artículo 1.693, L.E.C., con lo que se falta a la claridad y precisión, que este especial recurso requiere, pues no es la Sala sino la parte la que ha de especificar el precepto en que se funda (Sentencia de 25 de octubre de 1971: no ha lugar.)*

16. CASACIÓN: NECESIDAD DEL DEPÓSITO SI LAS SENTENCIAS VARÍAN SÓLO EN LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS: *Según el número segundo del artículo 1.698 de la Ley de Trámites, no afecta a la conformidad de las sentencias, de primera y segunda instancia, el que varíen en la imposición de las costas, por lo que a tenor del precepto indicado es preceptiva la constitución del depósito. (Sentencia de 7 de febrero de 1972: no ha lugar.)*

17. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INADMISIÓN DEL RECURSO: PETICIÓN PREVIA DE SUBSANACIÓN: *Con arreglo al artículo 1.696, L.E.C. para que puedan ser admitidos los recursos de casación fundados en quebrantamiento de forma, será indispensable que, salvo el caso de excepción previsto en el artículo siguiente, se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió y si hubiere ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda (Sentencia de 18 de diciembre de 1971: no ha lugar.)*

18. CASACIÓN: ERROR DE HECHOS EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El único medio idóneo para basar el error de hecho en la apreciación de la prueba es el documento auténtico. (Sentencia de 14 de diciembre de 1971: no ha lugar.)*

La parte recurrente basaba el error de hecho en la apreciación que de la prueba de confesión judicial había hecho el Tribunal de instancia.

19. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *Para que prospere un motivo basado en error de hecho en la apreciación de la prueba, ha de tener su fundamento en la infracción de una norma valorativa de prueba. (Sentencia de 1 de junio de 1970: Desestimatoria.)*

20. ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD: EXTRALIMITACIÓN: *Amparado el recurso en el artículo 30 de la Ley 22-XII-1953; tercero del 1.691 de la Ley*

Rituaría y 1.775 de la misma Ley, no se da el recurso de nulidad porque se dejen cuestiones sin resolver, sino por resolver las no fijadas en el compromiso. (Sentencia de 15 de noviembre de 1971: no ha lugar.)

La parte recurrente basaba su recurso, en que los arbitrios no habían fijado la indemnización, habiendo señalado, como trámite para hacerlo, el de la ejecución del laudo.

21. REVISIÓN: NATURALEZA DEL RECURSO: *Dado el carácter excepcional y extraordinario del recurso de revisión, su regulación ha de hacerse en forma restrictiva, por cuanto que ataca el principio casi absoluto de la irrevocabilidad de la cosa juzgada, principio que sólo cede ante la justificación cumplida de darse alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que, y fundado el presente recurso en el número primero del indicado precepto legal, es visto, que la entidad recurrente viene obligada a probar la concurrencia de los tres requisitos siguientes: a) que los documentos de que se trata, se han recobrado después de pronunciarse la sentencia firme a que se refiere el recurso; b) que dichos documentos son decisivos para la resolución, y c) que los mismos han estado detenidos por la alegada fuerza mayor.*

AUSENCIA DE FUERZA MAYOR: *De la apreciación probatoria resulta claro que la detención de los documentos en cuestión, es decir, su no disponibilidad para la aportación de los mismos en tiempo procesal oportuno al proceso civil, no ha sido un acontecimiento absolutamente extraño y no imputable a la Cooperativa recurrente, sino, por el contrario, un suceso a cuya producción ha contribuido con su conducta descuidada o negligente, de suerte que, si hubiese obrado, no ya con la máxima diligencia a que venía obligada, sino incluso con una diligencia normal los libros de referencia hubiesen podido ser incorporados oportunamente a los autos civiles, en su virtud, se impone el concluir que no se ha dado la fuerza mayor. (Sentencia de 15 de noviembre de 1971: no ha lugar.)*

La Cooperativa recurrente basaba su recurso en los libros de actas de la misma, que con anterioridad al proceso civil había aportado a un proceso laboral, y habían permanecido traspapelados en la secretaría de la Magistratura de Trabajo, con ocasión del cambio de local de la misma, durante varios años, limitándose la parte recurrente a reclamarlos a dicha Magistratura sin hacer ninguna otra gestión.

22. REVISIÓN: PLAZO PARA INTERPONER EL RECURSO: *Por expresa disposición del artículo 1.798, L.E.C., el recurso extraordinario de revisión habrá de interponerse en el plazo de tres meses a partir desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude en que pretenda fundarse. (Sentencia de 12 de noviembre de 1971: no ha lugar.)*

El recurrente basaba su recurso en la condena penal por falso testimonio en pleito civil de los testigos del pleito cuya sentencia se trata de revisar; la sentencia condenatoria penal le fue comunicada el 8 de junio de 1970 y el escrito del recurso tiene fecha de 10 de octubre de 1970 y entrada en el Registro General de 16 de octubre de 1970. Argumentaba la parte recurrente que estaba dentro del plazo señalado por el artículo 1.798 L.E.C., para interponer el recurso de revisión, ya que se debían descontar los meses de vacaciones del T. S., argumento que el T. S. rechaza, con acierto a nuestro entender, ya que la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión, que lo convierte en un auténtico proceso autónomo de carácter impugnativo, no permite ninguna interpretación extensiva de las normas que lo regulan.

Suscripción anual: España, 600,— pesetas
Extranjero, 750,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas