

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXV
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE.
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.

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

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

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

- JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: *Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español* 1027
- RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ CANO: *La vida independiente del menor no emancipado* 1083
- RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ: *En torno al privilegio del crédito quirografario* ... 1153

Estudios legislativos

- ENRIQUE FOSAR BENLLOCH: *La derogación del antiguo artículo 321 del Código civil por Ley 31/72, de 22 de julio, y la necesaria reforma del derecho de familia español* 1159

Vida Juridica

I. Noticias	1205
1. Conferencias de don Manuel de la Cámara en Hispanoamérica, por R.	
2. Jornadas italo-españolas de derecho agrario, por Gabriel García Cantero.	
3. Jornadas de derecho foral, por Rodrigo Bercovitz y Rodríguez Cano.	
II. Notas críticas	1215
<i>La disminución de la garantía hipotecaria</i> , por José Luis de los Mozos.	

Bibliografía

Libros	1219
CRISTOBAL MONTES, Angel: <i>La disminución de la garantía hipotecaria</i> , por José Bonet Correa.—MASSART, Alfredo: <i>L'affitto di fondo rustico nella nuova disciplina</i> , por Gabriel García Cantero.—RIVISTA DI DIRITTO AGRARIO: <i>Fascicolo speciale celebrativo del cinquantenario e commemorativo di Giangastone Bolla</i> , por R.—SUAREZ, Francisco: <i>De legibus</i> , por R.	

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas

<i>Formas y clases de matrimonio en el Derecho español</i> , por Luis Arechederra.	1223
<i>Arrendamiento de local de negocio con cláusula de elevación de la renta</i> , por José Bonet Correa	1245
<i>Contrato de inquilinato con cláusula de estabilización</i> , por José Bonet Correa.	1251

II. Sentencias	1258
----------------------	------

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1964.

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 IV



OCTUBRE - DICIEMBRE
MCMLXXII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

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

«Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español»

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

Catedrático de Derecho civil en la
Universidad de Salamanca

SUMARIO: *Planteamiento*.—I. *Crisis del principio de abstracción*: 1. Reacción contra la doctrina de SAVIGNY.—2. Crítica del principio de abstracción en torno a la discusión del Proyecto del BGB.—3. Nuevo giro de la cuestión en el Pandectismo tardío.—4. Teoría del acuerdo real causal.—II. *Reconstrucción histórica del concepto de «Causa Traditionis»*: 1. Nuevo rumbo de la dogmática romanista en torno a la *causa traditionis*.—2. La reacción de la doctrina del principio de abstracción.—3. La interpretación de M. KASER. Planteamiento.—4. Examen de las diversas causas: *causa solvendi*.—5. Las otras causas. Cuestión del *titulo putativo*.—6. Concepto de *causa traditionis*.—III. *Presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español*: 1. Sobre la continuidad histórica del planteamiento clásico.—2. Consecuencias de la modelación dogmática del pensamiento clásico y elementos a ella ajenos.—3. La tradición como *modo de adquirir*.—4. La causa de la tradición.—5. Necesidad de la tradición.

PLANTEAMIENTO

SAVIGNY, con su pretensión actualizadora del Derecho romano, y en un momento en que se abandona la antigua exégesis de las fuentes (1), mantenida a lo largo del *usus modernus Pandectarum*, para orientarse la romanística hacia las construcciones dogmáticas, introduce, en materia de transmisión del dominio, el llamado *principio de abstracción* que tanta influencia había de alcanzar en algunas legislaciones positivas y en la propia dogmática moderna.

Seguramente, el mérito táctico de su construcción fue romper con

(1) Orientación que es debida, como es sabido, al propio SAVIGNY, situándose en esta tendencia ya desde su primer trabajo (*Das Recht des Besitzes*, 1803). Para esto, por todos: F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed., Göttingen, 1967, 386-387.

el pasado, al dar a un fundamento histórico, una interpretación moderna, adaptando a ella la exégesis de los textos, de esta manera, la «relación jurídica obligatoria» (*causa traditionis*), como fundamento concreto de la modificación real (*traditio*), queda sustituida por el simple *animus transferendi et acquirendi dominii*. De este modo, SAVIGNY recogiendo la herencia «consensualista» que, por otra parte había triunfado en el *Code civil* y en los ideales jurídicos de su época, transforma la tradición, yendo más allá del modelo francés, en un verdadero *contrato real*, es decir, en un *negocio jurídico* de Derechos reales, lo que le sirve, después, de fundamento para separar, haciendo uso de un juego *armonístico* («*more geometrico*»), en su clasificación sistemática del Derecho civil, radicalmente, el tratado de los *Derechos reales*, del correspondiente a los *Derechos de obligación*, con lo que conseguirá consolidar el modelo del principio de abstracción en la mentalidad sistemática posterior (2), al venir un argumento en apoyo de otro, recíprocamente, como nos lo muestra el Pandectismo del siglo XIX, de modo bien patente (3). Pero, sobre todo, se consagra a nivel legislativo, primero, en la Ley prusiana sobre adquisición de la propiedad de inmuebles de 1872, derogando el ALR. y aceptando el principio de abstracción (4) y, poco después, en los §§ 873 y 929 del BGB (5).

Sin embargo, la reacción contraria no iba a dejarse esperar durante mucho tiempo. Y así cuando se trata de adaptar la doctrina de SAVIGNY a la interpretación del Derecho constituido, inmediatamente surge una interpretación de la misma que implica su modificación,

(2) Actualmente esta mentalidad sistemática se halla en revisión y en crisis, incluso, en cierto sentido, una separación tajante entre derechos reales y derechos de obligación se halla igualmente superada, no sólo en la praxis, sino también a nivel dogmático, habiéndose destacado, desde muy diversos puntos de vista, la interrelación entre ambas categorías.

(3) Sobre la construcción de la teoría de SAVIGNY, implicación de precedentes y motivos metodológicos, así como respecto de su influencia, a través de sus discípulos, en la doctrina posterior: J. L. DE LOS MOZOS, *La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio*, en «RGLJ», 223 (1967), 72 y ss. y allí otras referencias.

(4) Bien que la cuestión venía facilitada, para bienes inmuebles, como consecuencia de la necesidad de la registración para que se completara el fenómeno adquisitivo: así, F. FÖSTER, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, Berlín, 1874, III, 160 y ss., pero este autor, al igual que otros muchos, recoge y acepta la antigua teoría del *título y el modo*, aplicable a aquellas cosas que son susceptibles de posesión manual, aludiendo a las ideas de posibilidad (*Möglichkeit*) y validez (*Wirklichkeit*), de acuerdo con el propio ALR (1,2,I,9). En cambio, otros, como H. DERNBURG, *Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs*, 5.^a ed., Halle, 1894, I, 574 y ss., habla de que la *causa* o título de la transmisión descansa en la voluntad de enajenar, aunque —notémoslo bien— inherente a una determinada intención, manifestada a través de una compraventa, donación, pago, etc. Esto nos muestra hasta qué punto, a pesar de las formulaciones deficientes de la teoría, no se había borrado todo su influjo.

(5) A pesar del triunfo del principio de abstracción en el plano legislativo, no han desaparecido, como más adelante veremos, en la doctrina alemana los aspectos críticos que su implantación suscita.

como sucedió en Austria con EXNER (6), ya que la aceptación del principio de abstracción, tropezaba con el sistema del ABGB (7), no llegando a alcanzar el éxito que encontró en Prusia. Por otra parte, la propia doctrina de SAVIGNY, pierde terreno y cede ante una tradición jurídica contraria, en el plano legislativo, a pesar de su difusión fuera de Alemania (lo mismo que tendrá luego que ceder ante las nuevas orientaciones romanistas, como veremos), no acabando tampoco de penetrar de lleno en los Derechos latinos, a pesar de la facilidad que en algunos de ellos ofrece la *eficacia real* del contrato obligacional (tal como en los Derechos francés, italiano, portugués y algunos americanos). Hallándose el testimonio más elocuente, en cuanto a la oposición a esa teoría, en el Código civil holandés (*Burgerlijk Wetboek*) de 1838 y en nuestro propio Código civil de 1889, así como en otros códigos americanos que siguieron la tradición del Derecho hispánico y no se dejaron influenciar por el *Code civil* (como los de Chile, Colombia, Argentina, Paraguay, Ecuador, etc.). Posteriormente, como es sabido, la tradición romanista de la *teoría del título y el modo* viene recogida por el ZGB (arts. 965 y 974, para inmuebles, aunque dejando abierto el interrogante para muebles, conforme al silencio del art. 714, si bien, a partir de una sentencia del Tribunal Federal suizo de 1929, la jurisprudencia y la doctrina, se han orientado hacia la concepción causal (8).

I. CRISIS DEL PRINCIPIO DE ABSTRACCION

1. REACCIÓN CONTRA LA DOCTRINA DE SAVIGNY

La reacción contra la doctrina de SAVIGNY, no tardó mucho en hacerse notar. En este sentido la aportación más representativa, aunque no la más importante, se debe a F. HOFMANN (9), que recoge, por un

(6) Con este autor se recoge fundamentalmente la influencia de SAVIGNY en Austria, según indica W. FELGENTRAEGER, *Friedrich Carl von Savigny Einfluss auf die Ubereignungslehre*, Leipzig, 1927, 43-44, pero, para ello, tuvo que invertir el planteamiento, hablando de un concepto negativo de *justa causa*, salvando de este modo el escollo que ofrecía el ABGB., de lo que volveremos a ocuparnos más adelante.

(7) Vid.: ABGB (ed. oficial), Wien, 1811, & 380 y && 423 y ss.: F. E. v. ZEILLER, *Commentar über das ABGB*, II, Wien und Triest, 1812, 155 y ss. y 214 y ss.; J. KRAINZ-L. PFAFF-A. EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrecht*, 13.^a ed., I, Wien, 1899, 577 y ss.; KLANG's, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, 2.^a ed., Wien, 1950, 242-243 y 297 y ss.

(8) La postura causalista, en la doctrina suiza, viene especialmente defendida por H. J. MOECKE, *Kausale Zession und Gläubiger Forderungserwerb. Ein Beitrag zur Überwindung des Abstraktionsprinzips*, Freiburg (Schweiz), 1962, 5-6 y 8 y ss. En general, por todos: P. TUOR, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 8.^a ed., Zürich, 1969, 539 y R. GMÜR, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch, verglichen mit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch*, Bern, 1965, 141 y ss. y allí otras referencias. En nuestra doctrina, sobre el particular: I. SERRANO Y SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código civil suizo*, Valladolid, 1934, 4 y ss.

(9) *Die Lehre vom titulus und modus*, Wien, 1873.

lado, la influencia de A. EXNER (10) y, por otro, la de su maestro L. ARNDTS (11), cuya doctrina habría de extenderse, sobre todo, en Italia, y que construye la *iusta causa* como un «punto de vista jurídicamente válido» (*rechtlliche gebilligter Ansicht*) (12). Todo hace pensar que tanto en éstos, como en otros autores (13), aquella *nuda voluntas* de SAVIGNY se halla fuertemente circundada de un hábito de juridicidad (14).

Por otra parte, el libro de F. HOFMANN nos ofrece un planteamiento histórico del tema, muy interesante, aunque haya sido superado y tenga notables defectos. Su construcción dogmática es un poco complicada, se podría decir que se encuentra a mitad de camino de la propia doctrina de SAVIGNY y de la construcción de la doctrina que en el Derecho común, procede de los Postglosadores (15) y que se manifiesta,

(10) En el trabajo de mi maestro, I. SERRANO Y SERRANO, *Iusta causa traditionis*, en «RCDI», 10 (1934), 722 y ss., se contiene una clara y sucinta exposición de la doctrina de A. EXNER (*Die Lehre vom Rechtswerb durch Tradition*, Wien, 1867). A este autor no le parece del todo satisfactoria la doctrina de SAVIGNY, ni tampoco la doctrina romanista anterior contra la que aquélla había reaccionado, estableciendo, como ya antes hemos apuntado, que la *causa traditionis* funciona como un requisito *negativo*. Es decir, si la tradición es un modo de adquirir *iuris gentium*, que produce su efecto porque así conviene a la *aequitas naturalis*, al transformarse en un modo *civilis* la *causa naturalis* se incorpora en cierto modo a la *voluntas* que actúa en la *traditio* (lo que EXNER apoya en cierto análisis de los textos, que aquí no nos interesa y expresándose con otras palabras). De este modo, al *accipiens* frente al tercer poseedor le basta con probar el hecho de la tradición y la propiedad del *tradens* y únicamente será el tercer poseedor, si quiere rechazar la reivindicación, el que deberá probar que la tradición se hizo a base de *non iusta causa*. Sobre el particular, también: J. G. FUCHS, *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basel, 1952, 96 y ss.; y W. FELGENTRAEGER, *Op. y loc. cit.*

(11) Vid. *Diritto delle Pandette*, trad. it., I, Bologna, 1877, 286 y ss.

(12) Este punto de vista o intención jurídicamente válido, no es fundamento legal de la tradición, sino un simple motivo concorde solamente con la finalidad que se pretende, por eso es posible el *disenso* y el *error en la causa*, con tal que no se perturbe aquél. (*Op. y vol. cit.*, 287). Punto de vista que viene a ser parecido a la opinión de LOTMAR, para quien la *causa traditionis* se configura como una intención propia o fin propio (*geeignetem Zweck*), según FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 44.

(13) Así como, DERNBURG, *Beitrag zur Lehre von der «iusta causa» bei der Tradition*, en «AcP», 40 (1857), 2 y ss.; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I (reimp. 9.^a ed. de T. KIPP, Aalen), Darmstadt, 1963, 882 y ss. y otros autores (Vid. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 721; FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 44; FUCHS, *Op. cit.*, 101).

(14) Lo que solamente puede entenderse partiendo de la eficacia jurídica que el propio SAVIGNY, reconoce a la voluntad en relación con los efectos del negocio, cuestión en la que no podemos aquí entretenernos, baste únicamente tenerla presente y considerar cómo esta idea que sigue en sus discípulos, se va aureolando fuera de su escuela con la idea subyacente de la *aequitas naturalis* que se halla en el fundamento de la *traditio*, al no reconocer a éste modo de adquirir un carácter verdaderamente civil. Las diferencias entre una y otra postura son muy escasas, realmente, pero ya se inicia el despegue hacia una orientación diferente.

(15) Se trata de aquella construcción en que la *traditio* cobra un claro juego *solutorio*, respondiéndolo a una idea central de *causa precedente*. Muy representativo de esta tendencia es BALDUS *ad D.*, 12, 1, 18 (*Commentaria in Secundum Digesti Veteris Partem*, ed. Venetiis, 1599, 16). Para esto: J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en «RGLJ», 223 (1967), 108.

más que en G. HUGO (16), en algunos representantes, anteriores a éste último autor, del *usus modernus Pandectarum* (17), aunque el propio F. HOFMANN se refiere a toda la escuela, pues no matiza las diferencias, adecuadamente (18). Por otra parte, es claro que, en este autor, influye, al menos en forma dialéctica, la doctrina de la causa de los contratos, o más bien de las obligaciones del Derecho francés (19), cuando, por lo demás, su planteamiento sigue fiel, recogiendo la influencia de EXNER, al juego negativo de la *iusta causa traditionis* (20). Sin embargo su teoría sigue siendo importante, para la historia de la dogmática, por servir de base a una corriente doctrinal muy extendida en el *Pandectismo tardío*, habiendo influido, también, notablemente en España (21).

De todos modos, como fácilmente puede comprenderse, en este ambiente doctrinal, es difícil trazar de una manera coherente y ordenada la evolución que va tomando esta materia, al romperse, debido a la utilización del nuevo método, los límites que imponía la antigua exégesis, mezclándose arbitrariamente el plano histórico y la construcción dogmática, como consecuencia de la *Aktualisierung* que se impone a las propias fuentes romanas, y agravándose todo ello al encerrarse la especulación jurídica dentro del marco estricto que viene delimitado por los presupuestos ideales del Pandectismo (22), continuador, como

(16) Para esto, FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 21 y FUCHS, *Op. cit.*, 79-80.

(17) Vid. mi trabajo citado, en «RGLJ», 223 (1967), 127 y ss. y allí otras referencias.

(18) *Op. cit.*, 80 y ss., concluye su investigación histórica sobre la teoría del título y el modo, comenzando una larga y fatigosa exposición dogmática.

(19) Así distingue en el negocio de transmisión dos aspectos, el «para qué» que hace referencia al *fin* y el «porqué» que se relaciona con el *motivo*. Entonces, dice, la *causa*, a diferencia del *fin* no debe figurar junto al *término* o *condición*, porque éstos son elementos accidentales del negocio; por otra parte, se debe distinguir entre la *causa* y el *motivo*, la causa queda fuera del propio acto de transmisión, es *trascendente* al mismo, diríamos, no *inmanente*, con lo que se separa, también, de la construcción de SAVIGNY, sin embargo, toda esta larga y fatigosa exposición no es más que un rodeo para una explicación favorable a su punto de vista de la antinomia D,41,1,36 y D,12,1,18 (*Op. cit.*, 104 y ss., 115 y ss., 137 y ss.). Una exposición sucinta de la misma, en SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 728 y ss. y 812 y ss., también, J. G. FUCHS, *Op. cit.*, 97 y ss.

(20) *Op. cit.*, 102 y ss.

(21) Así por lo que se refiere, más a la valoración histórica que hace este autor de la *teoría del título y el modo*, que respecto de su propia opinión, influye notablemente en J. GONZÁLEZ, *La teoría del título y el modo*, publicado en «RCDI», 1925, recogido después, en *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, I, Madrid, 1948, 297 y ss., 298, 305, etc. y lo mismo habría que decir de otros autores que siguen al anterior. Para la difusión de sus teorías, tanto en el plano histórico, como en el dogmático, han servido también otros trabajos, así el ya citado de SERRANO Y SERRANO, *Op. y loc. cit.*, n. 19, o los de U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *El problema de la causa en la tradición*, Madrid, 1945, 54 y ss.; R. NÚÑEZ LAGOS, *Causa de la «traditio» y causa de la «obligatio»*, en «RCDI», 34 (1961), 573 y ss., etc.

(22) Para tales presupuestos, por todos: F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, 430 y ss.

es sabido, del programa de la Escuela Histórica, construyéndose, de este modo, conforme a una nueva lógica de los conceptos jurídicos, una dogmática que cada vez se aleja más de sus verdaderos objetivos, al hacerla descansar, exclusivamente, sobre una idealización de la *nuda voluntas*. Por otra parte, como ha dicho certeramente U. ALVAREZ SUÁREZ, el planteamiento del problema no se agota diciendo —lo que puede aplicarse a cualquier autor— que la tradición sea causal o abstracta, sino que al explicar lo que la causa signifique puede llegarse a tal extremo de desvalorización de ese concepto, que aunque teóricamente se afirme que la tradición sea causal, de hecho se construya como abstracta» (23). Dificultad que únicamente queda paliada, en el juego de la controversia entre ambas teorías (pero en el fondo agravada), por aparecer bien pronto, también, nuevas formulaciones de la teoría de la abstracción, de algunas de las cuales nos ocuparemos más adelante.

Por el momento, vamos a limitarnos aquí a indicar algunas aportaciones doctrinales, sin pretender ser exhaustivos, con objeto de completar el panorama sobre la situación doctrinal a la que se había llegado, cuando comienza a deteriorarse la teoría de SAVIGNY. En primer lugar, tenemos la aportación de O. MAYER (24), para quien, la *causa traditionis* es un hecho real que se corresponde con el fin, pero todo esto tiene lugar sólo en *abstracto*, ya que en concreto el juego de la *aequitas* puede oponerse al efecto del acto dispositivo, con un cierto alcance negativo, que se actúa por medio de la *condictio* (25). En esta remisión a la *aequitas* se halla presente, no sólo una reviviscencia *iusnaturalista*, sino también, el eco de la antinomia entre D,41,1,36 y D,12,1,18 (26). Pero más importante, aunque con base en los mismos criterios *iusnaturalistas* (dependientes, propiamente, de un *Krytonaturrecht*), será el trabajo de B. W. LEIST (27), donde a través de un análisis de la «naturaleza de las cosas», contrapone la *compraventa* a los demás contratos, encontrando, en aquélla, un fundamento de *naturalis ratio* para la transmisión de la propiedad, en cambio, en el *pago* o en las otras causas funda transmisión en la *aequitas* y, por ello, hay que acudir a fun-

(23) *Op. cit.*, 22.

(24) *Die «iusta causa» bei Tradition und Usucapion*, Erlangen, 1871.

(25) Una exposición sucinta de esta doctrina, en I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 726-727, n. 1; también, J. G. FUCHS, *Op. cit.*, 98-99.

(26) Seguramente la explicación de lo primero hay que encontrarla en la influencia de la doctrina en torno al ALR. prusiano, donde es muy frecuente esta remisión de la *iusta causa* a la equidad, como observa certeramente FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 44. Vid. en aquella doctrina, por todos: KOCH, *Allgemeines Landrecht für Preussischen Staaten*, 8.ª ed., I, Berlín u. Leipzig, 1884, 475 y ss. y ss. y 696 y ss. Pero, como hemos visto, *supra*, esta misma tendencia también aparece, más o menos explícita, en otros autores (EXNER, ARNDTS, LOTMAR, etc.), lo que no deja de ser sintomático, por mucho que cualquiera de estas teorías no sean muy afortunadas en su formulación. Todas ellas ponen de relieve dos casos, el que la *traditio* aparece en las fuentes como un modo de adquirir *iuris gentium* y también, la insatisfacción que produce a la conciencia jurídica el *principio de abstracción*.

(27) *Manzipation und Eigentumstradition*, Jena, 1865.

damentarla jurídicamente en la voluntad de las partes (28). Desde otro punto de vista y en términos estrictamente técnicos, es también muy interesante la aportación de FITTING, sobre un tema paralelo (29), teniendo en cuenta que si el anterior gozó de un gran prestigio como dogmático, éste le alcanzará, también, como historiador; el hecho es que, FITTING, tratará de buscar, con base en una interpretación de los textos, la construcción objetiva de la *causa usucapionis* (30). Por último, otro gran pandectista, M. VOIGT, en una monografía sobre las *conditiones ob causam* (31), hace funcionar a la *traditio* con un claro carácter *solutorio*, no sólo en la *emptio-venditio* y en la *stipulatio*, sino también en la *donatio* y en el *mutuum* (32), lo que es muy interesante, pues, aún más claramente que en F. HOFMANN, reaparece aquí un planteamiento que procede de la tradición del Derecho común y que, como ya hemos dicho, se había manifestado, especialmente entre los Postglosadores, y, si tenemos en cuenta, que en la construcción de B. W. LEIST, existe un intento de armonizar los dos grupos de causas, como hemos visto, lo que tiene su precedente, también, en la doctrina del Derecho común y, especialmente, en ACCURSIUS (33), podremos decir sin temor a equivocarnos que, en toda esta doctrina, se plantea un retorno a los viejos temas y a los antiguos planteamientos, los que sólo por algún tiempo habían quedado preteridos, debido al influjo de SAVIGNY (34).

(28) Esta separación entre el contrato *consensual*, dotado de una función traslativa y las demás causas, implica el reconocimiento, en el primer caso, de un concepto *objetivo* de causa, dejando relegadas las otras a la eficacia que se reconoce a la voluntad, lo que se halla de acuerdo con Inst., II, 1, 41, el texto que precisamente sirve de apoyo a SAVIGNY para formular su teoría y donde LEIST, rechaza su aplicación a la compraventa (Vid. J. G. FUCHS, *Op. cit.*, 108-109). Pero lo más importante de la obra de LEIST, consiste en considerar a la *traditio*, como acto formal (lo que tendrá, después, unas repercusiones extraordinarias), salvo en el caso de la compraventa, en que la adquisición se opera *ex re*, no *ex voluntate* (Vid. I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 722). La remisión no puede ser más luminosa, pone de relieve la relación entre *abstracción* y *forma* (Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La forma del negocio jurídico*, en «ADC», 21 (1968), 745 y ss.).

(29) *Wesen des titulus bei der Erztzung*, en «AcP», 51 (1868), 1 y ss. y 52 (1869), 1 y ss.

(30) Lo más interesante de su teoría es la contraposición que hace entre *causa* y *forma*, pero con más acierto que LEIST, contraponen la *traditio*, acto no formal donde por ello es necesaria la causa, a la *mancipatio* o la *in iure cessio*, donde el efecto no deriva de la causa, sino de la forma (52, 2 y ss.).

(31) *Ueber die «conditiones ob causam»*, Leipzig, 1822, 122 y ss.

(32) Distinguiendo, con base en D,12,1,18, la *causa traditionis* de la *causa* de la *condictio indebiti* y haciendo funcionar a la primera con un prestigioso juego *solutorio*. (Vid. I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 722).

(33) Para esto: J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en «RGLJ», 223 (1967), 105 y ss., n. 65.

(34) Este paréntesis alcanza, propiamente, a poco más de una generación, el círculo de los verdaderos discípulos de SAVIGNY, es decir, REGENBRECHT, BÖCKING, BURCHARDI, WARKÖNING, etc., pues en otros seguidores, más remotos, ya no se da con tanta pureza, así ARNDTS, DERNBURG, WINSCHIED, etc., como hemos procurado indicar. Por eso la apreciación de J. GONZÁLEZ, de que la teoría del título y el modo se hallaba pulverizada cuando se procedía a la redacción del Código civil alemán, es absolutamente infundada (*Op. cit.*, en *Estudios*, I, 318 y ss.).

Pero esto responde a una constante permanente en la historia de la dogmática, donde si no se puede hablar, lisa y llanamente, de repetición (*Wiederholung*), sigue siendo valedera la idea de renacimiento (*rinascimento*) de los argumentos pretéritos. Incluso, para hacer más verídica esta observación, no nos queda más que invocar el testimonio de K. A. VANGEROW, donde el retorno a la doctrina antigua, se muestra precisamente en la explicación que da a la famosa antinomia D,41,1,36 y D,12,1,18 (35), salvando la concepción causalista y en los mismos términos que lo habían hecho, anteriormente, ilustres autores (36). Sin tener en cuenta que a los testimonios invocados podríamos añadir otros (37).

2. CRÍTICA DEL PRINCIPIO DE ABSTRACCIÓN EN TORNO A LA DISCUSIÓN DEL PROYECTO DEL BGB.

El verdadero cambio, respecto del principio de abstracción, tiene lugar, en la segunda mitad del siglo XIX, cuando un importante sector de la doctrina alemana, pandectista o civilista, se dedica abiertamente a criticarle, con ocasión de la discusión del Proyecto del BGB. El más importante de todos ellos, dado el prestigio que había de cobrar su doctrina y, también, por la importancia posterior que adquiere su obra, será F. STROHAL, entonces profesor en Graz (1889), que como dice mi maestro I. SERRANO Y SERRANO, se atreve a romper una lanza en favor de la vieja doctrina del título y el modo (38). Pero, junto a él, se alinean otros muchos, como KRÜCHMANN, BECHMANN, LENEL, BERNHÖFT, EISELE y KINDEL, por no citar más que a los más representativos (39).

Primero, empezaremos por P. KRÜCHMANN (40), quien dedica un

(35) Decidiéndose por la solución de ULPIANUS, en D,12,1,18, según la cual no se hace depender el efecto de la intención (pues no hay donación, ni tampoco mutuo), únicamente si el dinero se hubiera consumido..., etc. y, afirmando, por otra parte que la opinión de JULIANUS, en D,41,1,36, es una mera opinión y que, además, no se refiere a la transmisión de la propiedad, sino a distinguir cuándo hay donación y cuándo mutuo, aparte de la posible interpolación del texto (*Lehrbuch der Pandekten*, I, Marburg u. Leipzig, 1863, 573-574).

(36) Citando el propio VANGEROW, *Ibid.*, a CUIACIUS, VINNIUS, AVERARIUS, etc. Nosotros citaremos, por todos, al antiguo maestro de Salamanca, A. FERNÁNDEZ DE RETES, *Opusculorum Libri Quator*, Salmanticae, 1650, I, *Totius varius miscellanesque*, cap. XXIII, «*De erroribus contrabentium*», nn. 6 y ss., 142 y ss. y concretamente n. 15, 145.

(37) Una exposición exhaustiva puede encontrarse en el libro de J. G. FUCHS, *Op. cit.*, 96 y ss.

(38) *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 728.

(39) Para esto, aparte de los dos autores citados en las notas anteriores, por todos, en nuestra doctrina: U. ALVAREZ SUÁREZ, *Op. cit.*, 58, n. 26; R. NÚÑEZ LAGOS, *Op. cit.*, en «RCDI», 34 (1961), 601 y ss. En la doctrina alemana citaremos, también, a FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 45, porque la referencia que hace a la doctrina aludida en el texto tiene en su trabajo cierto aire conclusivo.

(40) *Ueber abstrakte und kausale Tradition und § 929 BGB*, en «AbR», 13 (1897), 7 y ss.

trabajo a la crítica del que iba a ser § 929 BGB (41), afirmando que al sancionar, en ese precepto, el principio de abstracción, no se ha comprendido la verdadera tradición romanista, en relación con la transmisión de la propiedad, ya que conforme a ella, aunque la *traditio* no descansa en un fundamento objetivo, se basa, en cambio, en un fundamento subjetivo-causal, es decir, las partes deben encontrar en el consentimiento mismo la referencia a la causa (42). Por eso, es diferente la solución en el D,12,1,18, donde no existe este acuerdo y la propiedad no se transmite, porque es contraria esta transmisión a los intereses de las partes, que la solución en el D,41,1,31, donde solamente interviene la voluntad de las partes (43). Por otra parte, A. BUCHMANN (44), en un conocido trabajo sobre la compraventa, publicado unos años antes que el anteriormente citado de KRÜCHMANN, llega a unas conclusiones muy parecidas, a las que había llegado B. W. LEIST y que ya han quedado referidas, al contraponer la compraventa a las demás causas, aunque esta tendencia tiene pocos seguidores, pues, como dice FUCHS, de una manera o de otra, sólo hay espacio para que se desarrolle la teoría del *animus dominii transferendi et accipiendi*, que construyera SAVIGNY (45), lo que viene confirmado por el concepto mismo de *causa* que establece el propio KRÜCHMANN. No obstante, en el mismo sentido que algunos de los autores que hemos estudiado anteriormente (sobre todo, VOIGT), St. KAISER, escribe un trabajo (46), situándose claramente, en contra de la teoría savigniana, al rechazar que la causa haya de descansar sobre ese *animus dominii*, y no tenga que ser algo ajeno al mismo, una *obligatio*, por ejemplo, con lo que la *traditio* tiene algo de solutorio (47). En cambio, un planteamiento parecido al de KRÜCHMANN, hallaremos en F. BERNHÖFT (48), para quien, la voluntad interviene en la transmisión de la propiedad haciendo el efecto del principio *utile per inutile non vitiatur* (49). Un sentido parecido da

(41) Cfr. «Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que la propiedad debe transmitirse. Si el adquirente está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el traspaso de la propiedad.»

(42) Como vemos, esta construcción parece causal y, sin embargo, es abstracta.

(43) La comprobación de lo dicho en la nota anterior, se halla con ver simplemente a qué se refiere el texto citado: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur* (1).

(44) *Der Kauf im Gemeinen Recht*, I, Erlangen, 1876, 314.

(45) *Op. cit.*, 110.

(46) *De iusta causa traditionis*, Berolini, 1870.

(47) Vuelve aquí la idea que utiliza, también, M. VOIGT y que ha sido una constante en la historia de esta temática, donde indudablemente juega el prestigio de la causa, como *causa precedente*. En sentido parecido, las observaciones de FUCHS, *Op. cit.*, 110, también I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 726, n. 1.

(48) *Der Besitztitel im römischen Recht*, Halle, 1875.

(49) Pero esta voluntad no forma parte, como fundamento, de la transmisión de la propiedad, en todo caso, habrá que referirla a la causa del contrato real.

EISELE, a la explicación de la antinomia JULIANUS-ULPIANUS, refiriéndose al efecto que alcanza la intención del *tradens* ya que lo más (la donación) comprende a lo menos (el mutuo), citando en su apoyo un texto de POMPONIUS (D,19,2,52) (50).

Pero, como ya hemos dicho, la aportación más importante de todas, dentro de esta doctrina, es la debida a E. STROHAL (51), quien parte de la afirmación tajante de que en el *Corpus iuris* no se encuentra ningún antecedente para el llamado *acuerdo real* (*dinglicher Einigung*) de la transmisión de la propiedad, incluso, por el contrario, se pueden hallar abundantes testimonios que contradicen aquel principio, en diversas materias (52), por ello, para STROHAL, la voluntad de las partes debe coincidir con la *causa*, toda construcción autónoma que hace descansar el fundamento del negocio sobre la voluntad es una mera ficción, al menos en los supuestos normales, en los que la voluntad de las partes es indiferente (53). La crítica de STROHAL (54), se beneficia de la interpretación que desarrolló O. LENEL, de los textos controvertidos en relación con el tema, en un trabajo sobre las fuentes de los comentaristas del *Edictum* (55), llegando a la conclusión de que en el D,41,1,36, los compiladores sustituyeron *mancipatio* por *traditio*, lo que explica la famosa antinomia, ya que la *mancipatio* era un negocio formal que no precisa de causa. De este modo, STROHAL, siguiendo a EISELE, va mucho más allá que éste, no atribuyendo a simples diferencias de opinión entre JULIANUS y ULPIANUS, a propósito del D,12,1,18, sino a la interpretación de LENEL, que a su vez se dedica a fundamentar con diversos argumentos (56). Y ya, por último, en un sentido muy

concepto que utiliza en un sentido distinto al de SAVIGNY, de ahí la indicación de la regla *utile per inutile*, etc., como lo explica la posición de las fuentes romanas sobre el tema, relacionándolo con la procedencia de la *condictio indebiti* o *sine causa*, según los casos. Para una exposición más amplia: FUCHS, *Op. cit.*, 111-112.

(50) *Civilistische Kleinigkeiten*, en «Jher. Jb.», 23 (1885), 1 y ss. Partiendo de que las diferencias entre ambos juristas no sirven para explicar que la tradición sea abstracta y más parece lo contrario, cuando por otra parte el D,41,1,36, se refiere a la entrega indebida, *solvendi causa*, resolviendo la cuestión por el criterio que también muestra el texto de POMPONIUS (D,19,2,52), referido a que el arrendamiento de lo más comprende lo menos.

(51) *Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches*, en «Jher. Jb.», 27 (1889), 335 y ss.

(52) Así en D,13,1,18 y D,21,3,1,3.

(53) Sin embargo, el mantenerla para ciertos casos singulares supone un germen de destrucción de su propia teoría.

(54) Para darnos una idea de la repercusión del trabajo de E. STROHAL, aparte de I. SERRANO y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 728 y 809 y ss. y de J. G. FUCHS, *Op. cit.*, 114 y ss. 117, debemos aludir aquí a los diversos trabajos de H. LANGE, que más adelante citaremos, al muy conocido de F. HECK, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen 1937 (trad. esp. en «RCDI», 38 (1965), 1143 y ss.), notablemente influidos por el anterior. Recientemente, también, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín, 1965, 152 y ss. y 174 y ss.

(55) *Quellenforschung in den Ediktskommentaren*, en «ZSS», *rom. Abt.*, 3 (1889), 178 y ss.

(56) *Op. cit.*, en «Jher. Jb.», 27 (1889), 364 y ss.

semejante al de STROHAL, en cuanto que insiste en la falta de fundamento romanista del moderno *contrato real*, hemos de citar a W. KINDEL, que pone de relieve cómo en el último inciso del D,12,1,18, salvo el juego de la *consumptio*, hay que atenerse a las reglas de la pérdida de una cosa contra la voluntad de su dueño (57).

3. NUEVO GIRO DE LA CUESTIÓN EN EL PANDECTISMO TARDÍO

Aunque el principio de abstracción llegara a triunfar en el BGB, la cuestión quedaba abierta para el Derecho romano (58) y la discusión, en torno al tema, se va a desenvolver con diversa fortuna hasta que tome un nuevo giro en lo que podemos llamar el *Pandectismo tardío*, que se desarrolla brillantemente en Italia y aunque sigue abierto, todavía, a la orientación metodológica que arranca de la Escuela Histórica, aparece, también, muy sensible a las nuevas corrientes que han hecho cambiar, en los últimos decenios del siglo XIX, el panorama de la romanística (59).

La influencia de la doctrina de SAVIGNY, penetra en Italia, a través de F. SERAFINI, que, por otra parte, ha dirigido la traducción y el comentario de la obra monumental de GLÜCK (60). Pero también penetra la influencia de O. LENEL (61) y la de A. PERNICE (62), no precisamente fieles a la doctrina de SAVIGNY. De todos modos, uno de los primeros autores italianos que terció en la discusión, según J. G. FUCHS (63), será S. PEROZZI (64), quien se decide por una solución consensualista, apartándose del punto de vista de su maestro PERNICE, quien había observado que la *traditio* tiene un cierto juego *solutorio*, en relación con un precedente contrato obligatorio, bien que se refiere

(57) *Konsensprinzip oder § 1,I,10 ALR*, en «Jher. Jb.», 29 (1890), 397 y ss.

(58) Así, FELGENTRAEGER, *Op. cit.*, 45.

(59) Sobre la nueva orientación de las disciplinas históricas del Derecho y su emancipación respecto del Pandactismo, con ocasión de la codificación, que se manifiesta en el último tercio del siglo XIX y se deja sentir cuando los trabajos preparatorios de la codificación: F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, 416 y 420 y ss.

(60) Para la influencia de SAVIGNY en Italia, P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, en ZSS., *germ. Abt.* 86 (1969), 97 y ss.

(61) Así, FUCHS, *Op. cit.*, 119. LENEL, aparte de su interpretación de la antinomia que ya conocemos, en otro interesante trabajo, sobre, *Parteabsicht und Rechtsersfolg*, en «Jher. Jb.», 19 (1881) y aludiendo al planteamiento de SAVIGNY, había sustituido el *animus domini transferendi et accipiendi* por el *animus rei transferendae*, en el enajenante y el *animus rem sibi habendi*, en el adquirente, con lo que se llama la atención sobre el *Inst.*,2,1,40, donde se contienen las siguientes palabras: *voluntas domini volentis rem suam in alium transferre*, volviendo a hablar del D,41,1,31 y de otras pretendidas fuentes del principio de abstracción, razonando que la *intención* al dirigirse a representar la función de la transmisión se reviste de una *iusta causa*. Vid. también, FUCHS, *Op. cit.*, 119 y ss. No es que esta doctrina sea contraria a la de SAVIGNY, pero al pretender explicarla, la desprestigia indirectamente.

(62) *Marcus Antistius Labeo*, II-2, Halle, 1895 (2.ª ed.), 405.

(63) *Op. cit.*, 120.

(64) *Istituzioni di diritto romano*, I, Roma, 1928, 672 y ss.

a la posesión, no a la propiedad, al menos por lo que concierne a la época de LABEO (65). Sin embargo, S. PEROZZI, entiende que la tradición descansa en la voluntad del *tradens*, no sólo cuando se trata de la transmisión de la posesión, sino también, cuando se refiere a la transmisión de la propiedad y en este sentido interpreta el *Inst.*, 2,1. 40 (66), aunque reconoce que sólo tiene valor una intención en Derecho como *causa*, por lo que ésta quedará determinada como un *motivo apropiado* (67), donde aparece claramente una implicación con el concepto de causa de la obligación o del negocio, en el sentido de los Derechos francés o italiano, en aquella tendencia que partiendo de una concepción *subjetiva* de la causa, trata de alcanzar una meta *objetiva*, como he estudiado en otro lugar (68).

Esta implicación con la doctrina de la *causa negotii*, se hace cada vez más fuerte, a partir de este momento, en la doctrina italiana, lo que no ha sido observado por los autores alemanes, ya que en el Derecho alemán, no existe propiamente el concepto de causa del negocio jurídico, concepto que se halla, por otra parte, oscurecido por el planteamiento de la doctrina del negocio jurídico («declaración de voluntad») en el Pandectismo y en el BGB, así como por las repercusiones sistemáticas que se derivan del establecimiento como abstracto del negocio de transmisión de los derechos reales, cuestión que algunos autores recientemente, han visto con toda claridad (69). Bien es verdad, que con ello no se puede decir que, en el Derecho alemán, el negocio jurídico no sea causal, mas es causal conforme a una idea que puede calificarse con la expresión *causa naturalis*, pues, el requisito de la causa no forma parte del *factum* del negocio (70). En el fondo, la cuestión es la misma, pero difiere su construcción dogmática, por la diversa manera de estar instrumentada en el ordenamiento el reconocimiento de la autonomía privada, pero de ahí, también, la diversa índole de las consecuencias que, en muy diversos sentidos, pueden derivarse.

Esto se manifestará, claramente, con aspectos muy positivos para

(65) Como es sabido, la obra de PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, cit., que se refiere en su conjunto una aclaración del Derecho clásico del siglo I, diciendo en *Ibid.*, II-2, 405, que la *traditio* es, en general, como un añadido, o como una consecuencia de un precedente contrato obligatorio. Con lo que se evocan, de nuevo, opiniones más remotas que ya conocemos, anteriores a la construcción que hiciera SAVIGNY.

(66) Cfr. *Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi, et ideo cuiuscunque generis sit corporalis, tradi potest et a domino tradita alienatur, itaque stipendiaria, etc.*

(67) En el fondo, tampoco se sigue fielmente este planteamiento al decidirse por la opinión de JULIANUS, en definitiva.

(68) *La causa del negocio jurídico*, en «RDN», 34 (1961), 282 y ss.

(69) Así, W. FLUME, *Op. cit.*, 152 y ss.

(70) Sobre este argumento: J. L. DE LOS MOZOS, *Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico*, en «RDP», 1970, 739 y ss., con un planteamiento de Derecho comparado entre el Derecho alemán y los sistemas latinos.

la crítica del principio de abstracción, en P. BONFANTE (71), en V. SCIALOJA (72) y, después, en E. BETTI (73), aunque el camino elegido sólo pueda llevarnos a un planteamiento paralelo, pero nunca coincidente, en su propio y verdadero sentido, para precisar el concepto de *iusta causa traditionis*, aunque por ese mismo paralelismo (74) pueda servir de comprobación de la postura adoptada ulteriormente.

En este sentido es clara la postura de P. BONFANTE, quien siguiendo la misma orientación que hemos visto en aquel grupo de autores alemanes que critican a la doctrina de SAVIGNY, se manifiesta en contra de PEROZZI, pues, para BONFANTE, la causa alcanza un significado absolutamente *objetivo*, tanto que viene a coincidir con el «esquema negocial». De este modo, la tradición, aparece como un modo de adquirir unitario, no como un acto incoloro y amorfo. Bien es verdad que, por otra parte, influye en él la propia concepción de SAVIGNY (lo que no tiene nada de extraño, pues en otros campos es un verdadero continuador de la obra del maestro), pero no tanto respecto del *acto real*, como en relación con el *animus* posesorio, cuando, por otra, hace cambiar de sentido esta última idea al aplicarla a la tradición, influido, sin duda, por O. LENEL, al decir que «la intención de transmitir y de adquirir debe ser referida a la señoría de hecho, esto es, según el lenguaje romano, a la *possessio*, no al dominio» (75), consecuentemente con esto, entiende por *traditio*, «la entrega, o en general, la puesta a disposición de la cosa con intención de renunciar a favor de otro y, respectivamente, de recibir la señoría de la cosa, sobre la base de una relación que la ley reconoce apta para justificar la transmisión del dominio» (76). En esta relación jurídica es donde se encuentra la *iusta causa* expresada, por tanto, en sentido objetivo, pero esta *iusta causa*, no es precedente, en el sentido cronológico, sino propiamente en el sentido lógico, idea que ya se había manifestado en el *usus modernus Pandectarum* (77), con lo que al separar la *traditio* de la *solutio*, cobra aquélla mayor autonomía como modo de adquirir. En cuanto a la antinomia, D,41,1,36 y D,12,1,18, se vuelve contra la explicación interpolacionista, entendiendo

(71) Vid.: *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1934, 271 y ss.; *Corso di diritto romano*, II-2, Roma, 1925, 175 y ss.; *Scritti Giuridici varii*, II, Torino, 1926, 468 y ss.; y *Scritti*, III, 126 y ss.

(72) *Teoria della proprietà nel diritto romano*, Roma, 1929, 179 y ss.; y *Negocios jurídicos*, trad. esp., Sevilla, 1942, 74 y ss.

(73) *Sul carattere causale della «traditio» classica*, en *Studi Riccobono*, IV, 113 y ss.; también en *Studi Bonfante*, I, Milano, 1930, 304 y ss.; y *Teoria general del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1943, 132, y ss., etc.

(74) Por esto en las tres notas precedentes, nos referimos a las obras de los autores citados, relativas a la *iusta causa traditionis*, pero añadiendo alguna de las más representativas en relación con el tema de la *causa* del contrato o del negocio.

(75) *Istituzioni*, 273.

(76) *Corso*, II-2, 186.

(77) Así, p. ej., y, aparte de otros más conocidos: DARIUS, *Institutionis Iurisprudentiae Universalis*, Jenae, 1757, 239 y ss.; STRUVI, *Iurisprudentia Romano-Germanica*, Jenae, 1726, 99 y ss.; LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, Lipsiae, 1774, VII, 64 y ss., etc.

que no se plantea el jurista JULIANUS, el problema de la existencia de la causa, sino otro problema distinto el del *dissensus in causa* (78). En un sentido parecido se había manifestado, también, V. SCIALOJA (79), para quien, por otra parte, el fundamento de la tradición es un *negocio jurídico causal* y teniendo en cuenta que, para él, la causa cuando se refiere al negocio jurídico, viene constituida por su *función social o práctica* en la que *confluye* la voluntad de las partes (*acuerdo sobre la causa*). Concepción que se refleja, igualmente, en la *iusta causa traditionis* (80). Sobre esta base, E. BETTI (81), construirá su teoría de que la *traditio* es un negocio causal, fortaleciendo su construcción con un argumento histórico, al decir que el tratamiento abstracto de la transmisión de la propiedad procede del Derecho justinianeo (82). Pero aunque todo esto no deje de tener cierta base, el considerar a la *traditio* como un negocio es algo que, aparte de ser extraño al pensamiento jurídico romano, no deja de mostrar, en cierto modo, la huella de SAVIGNY, por eso, la romanística, hasta llegar a dar otra explicación más coherente y que, sobre todo, conviene a la interpretación de nuestro Derecho vigente, ha dado, todavía, un largo rodeo que pasamos, seguidamente, a exponer.

(78) Vid. BONFANTE, referencias anteriores y, sobre su doctrina: FUCHS, *Op. cit.*, 122 y ss.; SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 731 y ss.

(79) Este ilustre romanista (*Ibid.*) explica la opinión de JULIANUS (D,31,1,36), en un sentido que ya hemos visto anteriormente, diciendo que el disenso entre las dos causas propuesto, no excluye exista cierta concordancia, puesto que en la voluntad de donar se puede incluir, como más amplia, la voluntad concurrente de recibir a título de préstamo (*Teoría della proprietà*, 181 y ss.)

(80) Una exposición resumida en FUCHS, *Op. cit.*, 125 y ss., también, su *Negocios jurídicos*, cit., 74 y ss. La diferencia con BONFANTE, es la misma que separa a ambos autores, en materia de *causa* del negocio, para el primero, la causa se identifica con el *esquema negocial*, para el segundo con la *función*, pero se ejerce a través del *acuerdo* (de ahí la interpretación que da a la antinomia citada) de las partes, es decir, el acuerdo debe coincidir con la función del negocio, pero la *iusta causa* no resulta de la voluntad concorde, sino a la inversa, de la utilización de un negocio con finalidad traslativa, o de una causa autónoma (*datio, solutio, adiudicatio*, etc.) que es donde toma más relevancia, porque cuando se trata de un negocio perfecto allí no hace falta la causa (*Teoría della proprietà*, 203 y ss.). Para mi gusto la doctrina de la causa, en V. SCIALOJA, tanto para este tema, como respecto del negocio, se halla a medio perfilar, esto no le resta ningún mérito, al haber abierto una vía nueva a la investigación posterior, pero no resulta del todo clara, seguramente el propio autor comentado al señalar esa diferencia está aludiendo a las diferencias entre los negocios típicos y los atípicos (aparte los problemas que entraña la determinación del concepto de tipicidad), o, también, en relación con la *causa traditionis*, a la existencia de un núcleo central (el relativo a las causas típicas) y a un campo periférico (*datio, solutio*, etc.) con lo que intuye algo que más adelante será esclarecido, en relación con un planteamiento romanista y con referencia al Derecho clásico.

(81) *Op. cit.*, en *Studi Riccobono*, IV, 113 y ss.

(82) Así, en *Studi Bonfante*, I, 304 y ss. Sobre esta base, ulteriormente, H. LANGE, volverá a tomar el argumento contra el principio de abstracción, diciendo que aunque las bases de esta orientación fueron echadas en la época justiniana, la construcción abstracta se consolida en las Basílicas (*Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig, 1930).

4. TEORÍA DEL ACUERDO REAL CAUSAL.

Como hemos visto, aunque someramente, en la crítica de la teoría de la abstracción, formulada por SAVIGNY, no todos los autores pueden liberarse de una manera radical de su influencia, tal es la sugestión, sin duda, que ejerce en ellos la tendencia *consensualista* y, con ello, el papel de la voluntad o de la *intención* de las partes, como necesario, junto a la *iusta causa* para hacer posible la transmisión de la propiedad (83). Pues bien, la doctrina a la que ahora vamos a referirnos viene a ser una continuación del planteamiento señalado, aunque se caracterice por pretender una síntesis de posturas antagónicas, resultando, por ello, un concepto de *causa traditionis* un tanto ambiguo, fruto de la armonización de la interpretación de los textos, con el principio consensualista y con la expresión de ese principio en la doctrina de la *causa* del negocio, en el pandectismo tardío y antes de que se abra paso la nueva concepción objetiva de la causa, a lo que ya hemos aludido algo, anteriormente (84). Por lo demás, esta tendencia, en su conjunto, entra dentro de la romanística moderna, aunque propiamente haya que sincronizarla con la doctrina perteneciente a la romanística anterior a la actual generación de maestros, sin duda su origen, como señala M. KASER (85), puede remontarse a FITTING (86), aunque de todos modos también pueda decirse que es representativa de la escisión entre Ciencia y Dogmática, que se plantea en torno a la promulgación del BGB (87), si bien se deja notar antes, cuando su preparación y, probablemente, con ocasión de la reforma de los estudios en las Facultades universitarias (88).

En general, puede llamarse a esta tendencia doctrinal, teoría del *kausale dingliche Einigung* (acuerdo real causal), agrupándose, en ella, lo mismo a los que consideran que la *causa* es abstracta que a aquellos que la estiman como una verdadera *iusta causa*, pues con distintos términos, en la mayoría de los casos, se vienen a establecer idénticas conclusiones. Sin embargo, no sigue esta doctrina a SAVIGNY, a pesar de que en ella se deje sentir su influencia, como hemos dicho, por cuanto se aparta de ella al renunciar a construir como un todo, la transmisión

(83) Nada tiene de extraño, por otra parte, que entre los romanistas italianos, influya la concepción del contrato traslativo, como contrato real (es decir, con eficacia real) que acoge el *Código civile* de 1865, pues esto mismo, respecto del *Code civil*, había influido, también, en el propio SAVIGNY.

(84) En España, un representante merítísimo de esta tendencia, será mi maestro I. SERRANO Y SERRANO, que deriva su construcción de HOFMANN y de EXNER, como ya hemos apuntado (*Op. cit.*, en «RCDI», 10 y 11, 1934 y 1935).

(85) Zur «*iusta causa traditionis*», en «BIDR», 64 (1961), 68 y ss.

(86) *Op. cit.*, en «AcP», 51 (1868), 1 y ss.

(87) A esto ya hemos aludido anteriormente, con referencias a F. WIEACKER; aquí citaremos, por todos, en nuestra doctrina, los preciosos trabajos de P. FUENTESECA, *Crisis y perspectivas en el estudio del Derecho romano*, en «RDN», 7 (1955), 183 y ss. e *Historia y Dogmática en la Jurisprudencia europea*, en «RDN», 11 (1956), 183 y ss.

(88) FUCHS, *Op. cit.*, 119 y ss.

del dominio, manteniendo ese *dualismo* que se apoya, de una parte, en las dificultades de interpretación que siguen ofreciendo los textos romanos y que ha aumentado, todavía más, la crítica interpolacionista y, de otra, por un arrastre histórico que procede de la tradición del Derecho común.

Conforme a esta teoría, en términos generales, según M. KASER, la transmisión de la propiedad se hallaba justificada fuera de la tradición misma, por el acuerdo causal (*donatio, solutio, creditum*), pero la tradición dependía del acuerdo traslativo, sin que éste revelara la causa (89). Se plantea esto de tal modo, porque en esta doctrina se lleva hasta el último término la descomposición del fenómeno traslativo y, como consecuencia, se aplica invariablemente la tradición, no a la transmisión del dominio, sino al paso de la posesión, equívoco que, generalizando el planteamiento, lleva a consecuencias absurdas. Lo que hemos visto representado, también, en parte de la doctrina anteriormente reseñada. De esta forma, la *traditio* se mantiene «en cierta manera» abstracta, o para ser más exactos formal, evitándose así el escollo de las fuentes, en relación con los textos que ya conocemos. Incluso, en algunos casos, cobra aspecto de *datio vel factum*, lo que encuentra un cierto paralelismo en tema de *causa de la obligación*, funcionando como la llamada causa de los innominados, que tanta influencia tuvo en DOMAT y en las propias codificaciones latinas (90), volviendo a implicarse aquí la *causa traditionis* con la *causa* de la obligación o del negocio.

Una prueba de esta implicación la encontramos en C. FERRINI (91), cuando al ocuparse de la *causa solvendi* en la compraventa, hace depender la *iusta causa* de que el comprador haya pagado el precio, lo que sabemos era extraño al Derecho clásico (92) y, más bien, propio del Derecho vulgar (93).

Por otra parte, en esta doctrina sigue presente la función de cumplimiento que asume la *traditio*, generalmente, respecto de un negocio o causa precedente, lo que goza del propio prestigio emanado de las fuentes (*si iusta causa praecesserit*, dice textualmente PAULUS, en D,41, 1,31) (94).

(89) *Ibid.*

(90) De esto ya me he ocupado en otro lugar: J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en «RDN», 33-34 (196), 292 y ss. y *Op. cit.*, en «RDP», 1970, 739 y ss.

(91) Así, en *Manuale di Pandette*, 4.ª ed. (a. c. de G. GROSSO), Milano, 1953, 306, n. 2. Sin embargo, el propio FERRINI, critica la construcción de SAVIGNY, precisamente por elevar la tradición a acto formal (*Ibid.*, 307).

(92) Esta cuestión ha sido muy debatida en la doctrina romanista, vid. por todos: R. FEENSTRA, *Reclame en Revindicate*, Haarlem, 1949.

(93) Ha empezado a aclararse cuando se ha comenzado a conocer con alguna exactitud el Derecho vulgar. En relación con el tema, por todos: E. LEVY, *West Roman Vulgar Law (The Law of Property)*, Philadelphia, 1951, 128 y ss.; M. KASER, *Das romische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1959, 199 y ss.; y KASER-SCHWARZ, *Die interpretatio zu den Paulussentenzen*, Köln-Graz, 1956, 23.

(94) Así, FERRINI, *Op. cit.*, 305, texto y n. 3. Sin embargo, para el valor de este texto vid. MIQUEL, *Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten*, en «ZSS», rom. Abt., 80 (1963), 237 y ss.

En un sentido muy parecido al de C. FERRINI, se orientará, años después, otro gran romanista italiano, P. DE FRANCISCI (95). Este autor comienza diciendo que la Pandectística ha referido, equivocadamente, a la *traditio* toda la teoría de los modos derivativos de adquirir, examinando a propósito de esta cuestión todo el problema de la voluntad de transmitir y de adquirir, cuando resulta que, esta intención, debe referirse a la transmisión de la posesión, es decir, del señorío de hecho, lo que se ha confundido respecto del dominio, en relación con algunos negocios solemnes, como según este autor puede verse, en los mismos textos romanos (96). Respecto de la famosa antinomia (D,41,1,36 y D,12,1,18), DE FRANCISCI, se inclina a una explicación parecida a la de O. LENEL, ya que a causa de las interpolaciones bizantinas, JULIANUS, no se expresó en los términos del pasaje aludido, cuando, por otra parte, para el jurista clásico, según este autor, el *acuerdo* sobre la causa es necesario para la eficacia de la tradición (97). Esta interpretación cobra importancia (98) debido a la influencia de BESELER, que entiende, lo mismo que LENEL, que los compiladores habían sustituido *mancipatio* por *traditio*, en el D,41,1,36 (99), lo que da un nuevo juego a la teoría del *kausale dingliche Vertrag*, que viene aceptada, con este refuerzo, por autores de la talla de SCHULZ (100), HÄZEWINKEL-SURRINGA (101), SIBER (102) y MONNIER (103).

En este último autor, el juego ambivalente de la teoría cobra toda su fuerza, así de un lado, afirma que la entrega de una cosa es impotente por sí misma para hacer adquirir la propiedad a aquel que la recibe, ya que puede tener por finalidad otorgarle la posesión o hacerle propietario, para conocer esta finalidad hace falta saber con qué título se hace la entrega, es decir, es precisa una *iusta causa*, pues la transmisión no puede ser abstracta, aunque tampoco es una operación jurídica anterior a la entrega de la cosa, mostrando en ocasiones las fuentes, en casos particulares, las consecuencias de la falta de una auténtica *iusta causa*, porque en el caso de que la causa es *iniusta*, es decir *ilícita* (104),

(95) *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, 139 y ss. Vid. SERRANO y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 883 y ss., también, FUCHS, *Op. cit.*, 123 y ss.

(96) Algo de esta construcción, pero no en general, sino en relación con la función solutoria de la *traditio* se revela en el propio FERRINI, *Op. cit.*, 305.

(97) *Op. cit.*, 145 y ss.

(98) En la doctrina de DE FRANCISCI, también influye notablemente PEROZZI, pero se destaca, sobre todo, la influencia de BESELER.

(99) *Beiträgen zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 126.

(100) En *recensión* a H. LANGE, *Op. cit.*, en «ZSS», 52 (1930), 544 y ss. Vid., también: *Derecho romano clásico*, trad. esp., Barcelona, 1960, 330 y ss.

(101) *Mancipatio en traditio*, Amsterdam, 1931 (Diss.).

(102) *Römisches Privatrecht*, Berlín, 1928, 74.

(103) *Le malentendu sur la causa traditionis*, en *Studi Bonfante*, III, 217 y ss.

(104) Aquí aparece nuevamente una clara implicación de la doctrina de la causa del contrato, en relación con la de la *causa ilícita*, propia del Derecho francés, donde cumple una clara función impeditiva de ciertos efectos, lo que tiene el inconveniente de dejar la cuestión relegada al decionismo jurisprudencial.

el adquirente no adquiere la propiedad, a pesar de la *intención* de las partes. Pero, de otra parte, al examinar estas consecuencias dice que la nulidad del acto jurídico, en virtud del que se procede a la tradición (o su ilicitud) no impide que la tradición opere su alcance traslativo de la propiedad, concediéndose al perjudicado una *condictio* (105).

Pero, también, por el camino de la teoría del *acuerdo real causal*, se llega a concepciones contrarias a la anterior, en las que prevalece una tendencia prevalentemente subjetiva. Así resulta, en un famoso trabajo de A. EHRHARDT (106), donde a pesar de patrocinar la concepción causalista, partiendo, por un lado, de la *solutio* y, de su análisis, e implicando el concepto de *iusta causa* con la teoría de la *condictio* y de la *usucapio*, dado el paralelismo entre las *causae usucapionis* y las *causae traditionis* (107), llega a un concepto de la *causa traditionis*, según el cual, la entrega y la recepción de la cosa, acompañada de la intención de las partes, en transmitir y adquirir, produce la transmisión de la propiedad. Con ello, la *traditio* se presenta como un *acto real* (108). Y ya donde se llega, dentro de esta tendencia, al extremo subjetivista, será, sobre todo, con H. PFLÜGER, para quien la *causa* sólo representa un dato en la historia de la transmisión, respondiendo a «algo justo», sea cual fuere su fundamento (109).

Por último, citaremos aquí a P. VOCI (110), quien rechazando la doctrina del *animus transferendi et acquirendi dominii*, por entender que éste debe referirse a la posesión, llega y, precisamente por ello, a una concepción *abstracta* para la *traditio*. Según este autor, la *traditio* es el negocio por medio del cual se actúa la *datio*, siendo indiferente como sea la causa porque la *traslatio* se opera igualmente. En cuanto a la *causa traditionis*, a pesar de que se hable de ello, no se puede decir con base en las fuentes que la *traditio* sea un negocio causal y, para ello, no puede utilizarse tampoco la analogía con la *iusta causa usucapionis*.

(105) En el pensamiento del autor citado, esto se explica porque a pesar de la intención inmoral o ilícita hay una *iusta causa*, lo que puede defenderse para el caso del D,41,1,36, sin embargo, según el mismo MONNIER, no es igual en el caso del D,12,1,18, ya que la *condictio* sólo se da cuando haya habido *consumptio*, procediendo en los demás casos la *reivindicatio* (*Op. cit.*, en *Studi Bonfante*, III, 220 y 227 y ss.). Como se ve la construcción, en su conjunto, es insostenible, vuelve a aparecer en ella el juego negativo de la *iusta causa* que había iniciado EXNER. Vid. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 890 y ss.

(106) *Iusta causa traditionis*, Berlín-Leipzig, 1930, 151 y ss.

(107) En un sentido parecido se expresa en España, J. GONZÁLEZ, cuando después de hablar del fundamento del C,2,3,20 y del D,41,1,31, dice que en este último texto de PAULUS, como en otros de ULPIANUS y GAIUS, se habla de causa como de una legitimación del consentimiento, un fundamento psicológico de índole subjetiva, aceptando las consecuencias que extrae KINDEL de la comparación de este elemento con la *causa usucapionis* (*Estudios*, I, 298-299).

(108) Por eso, el autor citado en el texto, dirá que *iusta causa* era para los clásicos, no el negocio jurídico precedente, sino el negocio inmanente a la *traditio* (*Op. cit.*, 152).

(109) *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München u. Leipzig, 1937, 3.

(110) P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, 95 y ss.

porque la *usucapio* sí que es causal. Por otra parte, el hecho de que no sea un elemento relevante de la *traditio*, explica el *dissensus in causa* (111).

Como vemos, dentro de esta teoría del *acuerdo real causal*, se con-
jugan los más diversos puntos de vista, en cuanto a criterios interpre-
tativos y en cuanto a conexiones que podemos llamar sistemáticas (re-
lación de la *iusta causa traditionis*, con la causa del negocio o la *causa
usucapionis*, por un lado y relación entre la *traditio* y la *solutio*, o la
teoría de las *condictiones*), aunque de éstas no saca esta doctrina todas
las consecuencias que era posible esperar, por quedar excesivamente
vinculada a los ideales consensualistas, que influyen decisivamente, tanto
para abordar los criterios interpretativos, como las conexiones sistemá-
ticas. Por ello, de aquí no pueden derivar más que construcciones con-
fusas, por la incertidumbre de su doctrina y, complicadas, por su exce-
siva carga de dogmatismo. Así que no tiene nada de extraño que, re-
cientemente, M. KASER, haya afirmado que esta idea del «acuerdo real
causal» era extraña a los romanos, pues no cabe pensar que, en la com-
praventa, o en la donación, hubiera necesidad de acuerdo real para que
se transmitiera la propiedad (112).

Sin embargo, para concluir con esta cuestión, diremos que esta
doctrina, especialmente por razones de técnica, ha influido notable-
mente en los autores españoles que seriamente se han ocupado de este
tema. Tanto en J. GONZÁLEZ, que se inclina, claramente, por una solu-
ción abstracta (113), como en R. NÚÑEZ LAGOS (114) que relaciona el
tema con el juego de la causa de la obligación, entendida como causa
de los innominados (115). Influyendo de alguna manera, también, en

(111) *Op. cit.*, 138 y ss. A una solución parecida, llega prácticamente, desde
otro enfoque distinto: F. GALLO, *Studi sul trasferimento de la proprietà in diritto
romano*, Torino, 1955, 136 y ss. 170 y ss. *Il principio emptioe dominium trans-
fertur nel diritto pregiustiniano*, Milano, 1960, 112 y ss., relacionando la
traditio con la *stipulatio*. También, OURLIAC-MALAFOSSE, *Droit romain et ancien
Droit*, II, *Les Biens*, París, 1961, 267 y ss., que ven en la *traditio*, la descom-
posición en un acto material, que cada vez se va descomponiendo más, acusán-
dose por otra parte, la tendencia hacia una transferencia consensual y por otro lado, un
elemento psicológico basado en la intención, aunque el *disenso* muestra el juego
negativo de la causa.

(112) *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 68-69.

(113) *Estudios*, I, 298-299, y téngase en cuenta lo dicho en nota 107 *supra*.
El hablar de causa en relación con la legitimación y el acercar excesivamente el
planteamiento del tema al de la *causa usucapionis*, se halla íntimamente vinculado
con el propósito práctico del autor orientado hacia el fortalecimiento de nuestro
sistema inmobiliario registral, donde se ha llegado a hablar, por el mismo autor
citado, de principio de consentimiento y donde el paralelismo entre el juego del
artículo 34 LH. y la usucapión parece evidente, cuando por uno y otro lado, se
llega a la posibilidad de la adquisición *a non domino*.

(114) *Op. cit.*, en «RCDI», 1961, 573 y ss., 604 y ss., etc.

(115) En los numerosos y muy documentados trabajos de R. NÚÑEZ LAGOS,
relacionados con este tema, se fundamenta su construcción en otras muchas im-
plicaciones, como es la relación entre *traditio* y *consensus* (especialmente a pro-
pósito de la *traditio ficta*), o la implicación entre *causa* y *forma*, o ya en fin entre
causa y *consensus*, lo que hace posible en ocasiones un cierto juego abstracto.

I. SERRANO Y SERRANO (116). En cambio, U. ALVAREZ SUÁREZ, se separa de esta doctrina. Seguramente que influyó, en el ilustre romanista, la crítica del principio de abstracción que se desata en Alemania en torno al frustrado proyecto del *Volksgesetzbuch*, iniciada por H. LANGE (117) y en la que participan juristas de la talla de F. HECK (118), pero sin duda su mérito más importante, es el haber partido de la puntualización del concepto de causa, distinguiendo entre causa de la transmisión y causa del acto traslativo (119), entendiendo que la *causa traditionis*, es la causa del acto traslativo en concreto, representada por un negocio jurídico precedente (120).

II. RECONSTRUCCION HISTORICA DEL CONCEPTO DE «CAUSA TRADITIONIS»

1. NUEVO RUMBO DE LA DOGMÁTICA ROMANISTA EN TORNO A LA «CAUSA TRADITIONIS»

Ya bajo el imperio de la teoría del «acuerdo real causal», se advierte un nuevo camino para la reconstrucción del concepto de la *iusta causa traditionis* que viene marcado por las conexiones sistemáticas del tema. Pues bien, si a esto se añaden nuevos factores, los cuales es imposible sistematizar aquí, pero que afectan a los más diversos campos, como es un nuevo sentido en la interpretación de los textos (121), o como lo

aunque se califique la situación de causal. De las opiniones de este autor me he ocupado en otras ocasiones, pero especialmente en: *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en «ADC», 19 (1966), 369 y ss.

(116) *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 801 y ss. y 11 (1935), 81 y ss., 320 y ss. y 332-334.

(117) A pesar de que la obra fundamental de este autor sobre el tema, *Das kausale Element im Tabbestand der klassischen Eigentumstradition*, Leipzig, 1930, se inspira todavía en la doctrina del *kausale dingliche Einigung*. Así, el propio U. ALVAREZ, (*Op. cit.*, 21), véase, sin embargo, la interesante exposición de este autor sobre la alusión del texto (*Op. cit.*, 90-104), con referencia de la bibliografía más importante sobre el particular. No tiene nada de extraño que, después, por razón de las circunstancias esta temática haya quedado oscurecida.

(118) *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, Tübingen, 1937.

(119) Toma para ello, como punto de apoyo, aunque con una visión crítica el trabajo de BAUS, *Kausale Verfügung und gutgläubiger Erwerb (Schranken des abstrakten Erwerbs)*, Berlín, 1939, 5 y ss. (*Op. cit.*, 22 y ss.).

(120) *Op. cit.*, 20, 31 y ss. y 37 y ss.

(121) La técnica interpolacionista ha ido tan lejos, que a veces se hace preciso recobrar la fiducia en los textos, la confianza en la tradición que éstos han generado. Pero con independencia de esta generalización que puede ser, también, peligrosa tengamos aquí presente, cómo en la doctrina que anteriormente hemos venido reseñando, la dificultad de las fuentes para una interpretación causal, se solucionaba diciendo que los compiladores han sustituido *mancipatio* por *traditio* (así en D,41,1,36 y en Inst.,2,1,40). En este sentido, todavía, aparte de las referencias anteriores: J. HUPKA, *Der dissensus in causa und die moderne Textkritik*, en «ZSS», rom. Abt., 52 (1932), 1 y ss. Siendo curioso hacer constar, cómo M. KASER, en su *Das römische Privatrecht*, III, München, 1955, al ocuparse del Derecho

es el esclarecimiento, en los últimos decenios, del alcance y del significado de la transformación que opera el *Derecho vulgar* (122), o el abandono de un brillante conceptualismo, que ha sido paralelo a la crisis del consensualismo, tendremos, en fin, que ha podido llegarse a una nueva versión del tema de la *iusta causa traditionis*, lo que ha sido debido, sin embargo, a la obra de M. KASER, uno de los primeros romanistas contemporáneos (123).

Pero antes de ocuparnos de la obra de este ilustre maestro, vamos a tratar de hacer un ligero esbozo de algunas posiciones doctrinales que, en el terreno de las conexiones sistemáticas del tema, han preparado el camino al nuevo rumbo que ha tomado la cuestión.

Entre las conexiones sistemáticas del tema, la primera y más importante, es la que relaciona la *causa traditionis* con la *causa usucapionis*, implicación que hemos visto aparecer, ya desde FITTING, en la doctrina y que, según parece, tiene su fundamento en una cierta y plausible analogía que influyó en el ánimo de los compiladores (124). Sin embargo, esto se ha exagerado, a veces, excesivamente, olvidando que *usucapio* y *traditio* no reciben el mismo tratamiento y aunque en ocasiones puedan amparar idénticos intereses, en lo que difieren es, precisamente, en que, en una y otra, la posición de los intereses en general es distinta (125). Lo que sí es cierto es que, al avanzar el estudio de

justiniano y al atribuir al emperador la vuelta al Derecho primitivo, en materia de precio entregado o prometido (Inst., 2, 1, 41), dice que esto seguramente obedece a que se ha confundido en sede de *traditio*, con la *mancipatio* (p. 353). En cambio, en la nueva refacción de su obra: *Das römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1959, abandona este criterio (pp. 199 y ss. concretamente 202). También es muy interesante la interpretación que da U. v. LÜB-TOW, del D, 12, 1, 18, en *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischen und geltendem Recht*, Berlín, 1951, 41, a lo que más adelante nos referiremos.

(122) Como es sabido el punto de partida para el concepto moderno de Derecho vulgar hay que hallarle en E. LEVY, *Western und Osten in der nachklassischen Entwicklung des römischen Rechts*, en «ZSS», 49 (1929), 230 y ss. para una referencia bibliográfica fundamental de los distintos aspectos del tema: J. L. DE LOS MOZOS, *La formación del concepto «ius civile» en el Derecho romano*, en «RGLJ», 1969, 2, 551 y ss.

(123) Esto viene reconocido y aceptado por seguidores y antagonistas, pues tampoco siguen faltando todavía defensores del principio de abstracción, o quienes sigan formulando un concepto de causa de acuerdo con los esquemas del consensualismo. Pero lo importante es reconocer que el aspecto del tema ha cambiado con M. KASER, así, recientemente, U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, en «ZSS», rom. Abt., 85 (1968), 100 y ss.

(124) Así, E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, 2.^a ed., Darmstadt, 1955, 440 y ss.; también, HAZEWINKEL, *Op. cit.*, 167; EHRHARDT, *Op. cit.*, 9 y ss., etc.

(125) La diferencia se halla en que la *traditio* funciona *a domino* y la *usucapio a non domino*, la analogía se presenta en materia de título putativo, pero ésta como dice M. KASER, si bien puede ser constructiva —dialéctica (*ars nescendi*)— no puede ser regulativa, es decir, ajena a la ordenación. Vid. *Op. cit.*, en «BIDR», 64, (1961), 91 y ss., también, F. WUBE, *Interessenlage bei traditio und usucapio*, en «TR», 32 (1964), 558 y ss. y allí otras referencias.

la *causa usucapionis*, se ha enriquecido el planteamiento respecto de la *causa traditionis* (126).

Mucho más compleja es la relación entre *solutio* y *traditio*, sobre todo, si se la implica con la *mancipatio* y con la propia *usucapio*. El tema tiene un abolengo muy antiguo, pues, ya en los autores del Derecho común, vemos la relación entre *solutio* y *traditio*, lo que se complica aún más cuando esta última aparece como medio de lograr la efectividad, en los más diversos actos jurídicos, sean o no formales (*emptio*, *mancipatio*, etc.). De este modo, la cuestión se ha desarrollado intensamente, en la doctrina, en torno a los efectos de la *compraventa clásica*, en relación, de una parte, con la obligación del pago del precio, como requisito de la *causa vera* o de la *iusta causa* y, también, respecto del principio, *bona fidei emptore sequi* y sobre lo que los autores han disputado apasionadamente (127), antes de que quedara fijado el carácter consensual de la compraventa en el Derecho clásico (128) y de que se pudiera separar, en el tono de los compiladores, lo que en ello había de vulgarización, al advertir que con la transformación postclásica se vuelve al primitivo *negocio al contado* o instantáneo (*Bargeschäft*) (129). Siendo, posiblemente, en este clima de la vulgarización, donde surge el C,2,3,20 (130), que tanto había sugerido a J. GONZÁLEZ, al relacionar *usucapio* y *traditio* (131). Sea como fuere, es aquí donde tiene interés aludir a los trabajos de Ph. MEYLAN, en los que va desarrollando progresivamente una evolución muy interesante (132). En uno de ellos, nos dice que, en Roma, la ejecución de la prestación del comprador es una *solutio* y el vendedor usucapó,

(126) Implícitamente el propio KASER, *Ibid.*, también, U. WESEL, *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 85 (1968), 102; (JÖRS)-KUNKEL, *Römisches Privatrechts*, 3.^a ed, Berlín, 1949, 127 y ss.

(127) Una información bastante completa, para la época, puede encontrarse en I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 11 (1935), 161 y ss., también, vid. *infra*, Ph. MEYLAN, en *Scritti in. on. C. Ferrini*, IV, Milano, 1949, 176 y ss.; R. FEENSTRA, *Op. cit.*, 11 y ss.

(128) Por todos: (JÖRS)-KUNKEL, *Derecho privado romano*, trad. esp., de la 2.^a ed., Barcelona, 1937 (reimp. 1965), 324 y ss.

(129) Vid. las referencias a E. LEVY y M. KASER, en nota 93, *supra.*; también, P. MEREÁ, *Sobre a compra e venda na legislação visigótica*, en «AHDE», 16 (1945) y en *Estudos de Direito visigótico*, Coimbra, 1948, 83 y ss.

(130) *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*

(131) Este texto que no viene citado por M. KASER, *Das röm. Priv.*, II, München, 1959, 199 y ss. es interesante. Probablemente su explicación hay que hallarla en una reacción del poder central, recordando a los provinciales en contra de la práctica documental que desnaturaliza los concretos negocios jurídicos utilizados (*mancipatio*, *traditio*) o a falta de ellos, la *usucapio* e indicando que ninguna forma escrita puede añadir nada a la *stipulatio* que es un contrato verbal, de ahí el tono de la expresión utilizada por esta constitución del año 293 (Vid. ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto romano*, Nápoli, 1950, 340).

(132) A esta evolución alude el propio autor, en *Varron et les conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine*, en *Scritti Ferrini*, IV, 176, n. 1. Para una mayor precisión puede verse la lista de sus trabajos, en *Mélanges Philippe Meylan* (2 vols.), Lausanne, 1963, I, XI y ss.

en consecuencia, *pro soluto*, en cambio, el comprador usucape *pro emptore* (133). Por otra parte, anteriormente había dicho que, de la *mancipatio* no deriva más que una *vacua possessio de la cosa*, de forma que, en la práctica, la necesidad de aquellas prestaciones se desenvolvía mediante dos obligaciones complementarias y lo mismo sucedía en la compraventa, en el caso de *res nec mancipi*, cuando no funcionaba como un negocio al contado (134). Y ya, en fin, en otro trabajo, dirá que la venta al contado fue regulada por las XII Tablas, pero que bien pronto quedó desfigurada al mediar la *expromissio* para el pago del precio y que, en la época clásica, la *exceptio rei venditae et traditae* y la *actio publiciana* se conceden aunque el precio no se haya pagado (135). Pero aquí lo realmente importante, para nuestro tema, es la conclusión a la que se llega por este camino, al afirmarse que cuando no se trata de una obligación dineraria, el tránsito de la propiedad descansa en una *causa vera*, lo que en un sentido parecido viene aceptado por FUCHS (136), por RABEL, quien para esclarecer esta cuestión acude a la historia de la *solutio* (137) y, por otros autores (138), aunque esta formulación se queda a mitad del camino, o deriva hacia unas conexiones inadecuadas, que la alejan de su verdadero planteamiento, como hace FUCHS (139) y según KASER ha esclarecido, recientemente (140), como veremos. No obstante, podemos anticipar aquí que cuando se trata de obligaciones de dinero, los romanos no hablaban de *causa traditionis*, sino simplemente de *solutio*, procediera ésta de una *stipulatio*, o del cumplimiento de una obligación derivada de un contrato, o de cualquiera otra causa, porque si no hay obligación no puede haber *solutio*, como lo demuestra la existencia de la *condictio de indebitum solutum* (G,3,91; D,44,7,5; Inst.,3,14,1; 3,27,6) (141). Pero lo que no puede haber es una contraposición entre la *solutio* y otras prestaciones,

(133) *La conception classique de la vente et le fragment D,12,4,12*, en «RIDA», 1 (1948), 1 y ss.

(134) *Histoire d'une institution juridique romaine*, «ADSP», 6 (Bruxelles, 1938), 452 y ss.

(135) *Op. cit.*, en *Scritti Ferrini*, IV, 176 y ss. Sobre el particular, también. GONVERS, *La exceptio rei venditae et traditae*, Lausanne, 1938.

(136) *Op. cit.*, 242 y ss.

(137) *Grundzüge*, 441 y ss. En el plano del Derecho comparado, la obra de este autor completa sus anteriores puntos de vista sobre nuestro tema: *Das Recht des Warenkaufs* (2 vols.), I, Berlín, 1964 (reimp. de la ed. de 1936), II, Berlín-Tübingen, 1958.

(138) LANGE, *Op. cit.*, 73; EHRHARDT, *Op. cit.*, 54. Una adecuada valoración de esta doctrina en U. WESEL, *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 85 (1968), 102-103.

(139) *Op. cit.*, 163 y ss., 169 y ss., 236 y ss., al descomponer excesivamente el planteamiento relacionando *causa* y *condictio* y al descomponer las prestaciones que derivan de la compraventa y relacionarlas con las que derivan de la *stipulatio*, implicando constantemente *usucapio* y *traditio* y, sobre todo, ensanchando excesivamente el dominio de la *solutio*, desorbitando también la relación entre ésta y el problema del título putativo, de forma que a pesar de su magnífica exposición histórica de la doctrina de la *iusta causa traditionis*, sus conclusiones no sean aceptables.

(140) *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 70 y ss. y *Das Geld in römischen Sachenrecht*, en «TJ», 29 (1961), 169 y ss.

como aparece en algunos textos, seguramente influidos por el pensamiento postclásico (PAULUS, D,41,3,48 y D,41,4,2,pr.) (142).

2. LA REACCIÓN DE LA DOCTRINA DEL PRINCIPIO DE ABSTRACCIÓN

Antes de exponer la doctrina sobre la *iusta causa traditionis*, formulada por M. KASER, vamos a aludir a la resistencia que desde un baluarte inaccesible, ciertamente, muestra la doctrina del principio de abstracción y que no puede ser otro, en Alemania, que el prestigio del Pandectismo y la sólida posición que ofrece el BGB (143). Esta reacción que sólo puede contemplarse, desde este punto de vista, se muestra especialmente en un trabajo de G. JAHR (144), aunque en éste, como en otros autores (145), se sigue hablando de causa y de causalidad, bien que, en unos términos, que no hacen más que favorecer al principio de abstracción.

JAHR, considera que, a pesar de la interpretación de M. KASER, la cuestión queda todavía como un tanto difícil, dividiendo el trabajo, en dos partes, un estudio de las fuentes y un análisis del tratamiento histórico del mismo, pero comienza por este segundo aspecto, para entrar, como dice, en diálogo con KASER (146), siendo su primera conclusión que la *causa traditionis* no puede ser una relación obligatoria y cuya imagen se ha perdido en el Derecho postclásico, como entiende este último autor, porque esto se halla en contra de la opinión de los pandectistas y de los civilistas modernos (147). Entonces, trata de buscar el concepto de causa, en la doctrina de la *condictio indebiti*, siguiendo a SCHWARZ (148) y más de acuerdo con el sistema del BGB, que con las propias fuentes romanas (149). Por otra parte, en este planteamiento

(141) Que indica ha pasado la propiedad, pero también las dificultades de una *reivindicatio*, además hay que tener en cuenta la disciplina de la *consumptio*, cuando se trata de dinero o cosas consumibles.

(142) M. KASER, *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 77-80.

(143) Sólo desde una visión rigurosamente crítica, puede uno sobreponerse a la conciencia social y jurídica de una época, sobre todo cuando existen barreras tan fuertes, como la que puede representar en Alemania el BGB, otro tanto cabe decir de Francia o de Italia, en relación con el tema y un punto de vista crítico será siempre excepcional, así BETTI, *Teoría de las obligaciones*, trad., esp., II, Madrid, 1970, 61 y ss., 164 y ss. Aunque, como ya hemos visto, no han faltado en Alemania críticas al principio de abstracción.

(144) *Zur iusta causa traditionis*, en «ZSS», rom. Abt., 80 (1963), 141 y ss.

(145) Destacaremos, especialmente, a J. G. WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz, 1961 y *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970 también, los autores citados por U. WESEL, *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 85 (1968), 103, n. 38.

(146) *Op. cit.*, *Ibid.*, 141-144. Partiendo de que la precisión de KASER en torno a la *causa solvendi*, encuentra su explicación en la relación entre *causa usucapionis* y *causa traditionis*.

(147) *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 80 (1963), 145.

(148) *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Köln-München, 1952, y en contra, KASER, *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 75, por identificar *causa traditionis* y causa en la *condictio*.

(149) Es posible que considerando la *causa traditionis*, como derivada del juego de la *condictio indebiti* se llegue a extraer con esta generalización un

to, la idea de *iusta causa* de no reconducirla a la abstracta voluntad de las partes, lo que no parece, desde un punto de vista práctico, verosímil, se esfuma. Esto es debido, según cree JAHR, a que los pandectistas no han concedido importancia al problema de los negocios manuales, ocupándose, en cambio, de la causalidad de los negocios de obligación (150), por eso, actualmente, dice, las otras causas (*donandi, credendi*), se fundamentan en la atribución, como la *datio ob rem*, con positiva certeza y garantía (151), añadiendo que el planteamiento respecto de los negocios manuales, representa una prolongación de la obligación de cumplimiento (152).

Por eso cree JAHR, equivocadamente, que el problema está en centrar la cuestión en torno a la doctrina de la *causa obligationis*, dependiendo todo del concepto que de ella se tenga, es por lo que, según dice, los clásicos concibieron el contrato causal, lo que significa solamente que del mismo derivan obligaciones que en él tienen fundamento, ahora bien, de la disparidad de opiniones sobre lo que era la causa, deriva también la disparidad de pareceres de JULIANUS (D,41,1,36) y ULPIANUS (D,12,1,18) (153). Y, después, de esta implicación inadecuada derivará a considerar respecto de la *causa traditionis* que, la causalidad, en relación con las partes está en la adecuación de su voluntad al fin, lo que, según dice, sucedía, también, en el Derecho romano, con la *stipulatio* (154).

concepto de causa de obligación que recuerda al juego de los innominados y otro de *causa traditionis*, de significado parecido, configurando la transmisión del dominio como un negocio de buena fe, como ha visto, agudamente, respecto del Derecho alemán, con toda exactitud, W. FLUME, *Op. cit.*, 152 y ss.

(150) Citando de acuerdo a WINDSCHEID, *Ibid.*, 145 (*Pandekten*, 318 y 365).

(151) Citando aquí a WESTERMANN, *Sachenrecht*, ed. 1960, 43, III, 4, II, 1 y 93, II, 4 b (*Ibid.*, 145).

(152) Siguiendo a ESSER, *Schuldrecht*, ed. 1960, 192 y a SIBER, *Schuldrecht*, ed. 1931, 173 (*Ibid.*). Pero esto ya ha sido rebatido y criticado anteriormente, además que implica dos cosas, el *alcance real del contrato*, lo que es contrario al Derecho romano y más bien propio del Derecho francés y el quedar relegada la *traditio* a un segundo término de forma que puede confundirse en un mismo plano con la *solutio*.

(153) *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 80 (1963), 147 y ss. Esto supone un manifiesto error, como si los romanos tuvieran un único concepto de causa, o como si el concepto único de causa (tópico, dialéctico, es decir, prejurídico), se utilizara con el mismo sentido en sus diversas aplicaciones, en el caso de que existiera, lo que no parece cierto, por tratarse de un concepto recibido y modulado de manera diferente por la propia especulación jurídica. Por otro lado, supone, también, desconocer el sistema contractual romano, tan diferente del moderno y donde no se puede hablar de causa del contrato en un único sentido. Y por último, este autor confunde causa del contrato y causa de la obligación.

(154) *Ibid.* La confusión de formas y de conceptos jurídicos, queda aquí muy lejos de ser romana, al implicarse la *traditio* (modo), con los contratos y actos traslativos (generalmente, título) y al confundirse el fundamento del contrato *formal* con el fundamento de actos jurídicos exentos de forma. Prueba de ello, es que para encontrar apoyo a su doctrina, utiliza a los civilistas alemanes modernos. Sin embargo, en una línea parecida se ha situado, modernamente, un romanista, aunque se puede dar, parcialmente, otro significado a sus opiniones, así:

Con estos precedentes, no tiene nada de extraño que construya la *causa traditionis*, como el consentimiento de las partes respecto de la consecuencia jurídica pretendida, ya que ésta y el efecto de la atribución son la misma cosa y no puede estar, por otra parte, más que en el contrato mismo, aunque no se trate, por ello, del *acuerdo real* (155). Así formulada esta teoría, no se halla de acuerdo, ni con el Derecho romano, ni con el Derecho alemán, a pesar de que pretende quedarse en un término medio, entre la interpretación causal y la interpretación abstracta, haciendo depender, una y otra, de las diversas clases de negocios y de las diversas opiniones, como si la cuestión dependiera de las preferencias de la doctrina. No sirve para el Derecho romano, porque hace una interpretación caprichosa del mismo, según le conviene a su argumentación, ni tampoco para el Derecho alemán, porque este ordenamiento positivo configura la transmisión de la propiedad, sobre la base del *acuerdo real*, de naturaleza abstracta, contemplándole como un negocio de buena fe (156) y apartándose, claramente, de la tradición romanista (157). Por otra parte, el concepto de causa que utiliza, es inadecuado, puede hallarse de acuerdo con el concepto del Derecho alemán, que como no aparece recibido por el ordenamiento, más que en el campo de la *condictio* (en torno al enriquecimiento injusto), no viene a resultar más que un concepto natural fuera de ese campo, prejurídico, como *causa naturalis*, inadecuado para explicar el verdadero juego de la *causa civilis*, sea *causa obligationis* o *causa traditionis* (158), con ello, pretende una interpretación causal que, a veces, resulta abstracta, o lo que es peor, cayendo en un relativismo que puede ser admisible como criterio de oportunidad (159), pero que no es

J. G. WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, cit., 45 y ss. 100 y ss. y *Causa stipulationis*, cit., 3 y ss.

(155) Rechaza aquí, también, por lo que se ve la interpretación de SAVIGNY, pareciéndole muy interesante la idea de la yustaposición de la causa a la naturaleza del negocio, por eso será causal éste o abstracto, según su especie (*Ibid.*, 152 y ss.).

(156) Para esto, W. FLUME, *Op. cit.*, 152 y ss. Pero esto es así por su carácter abstracto, lo que es sólo posible por disposición del ordenamiento. Por eso, dice LARENZ, que la *lex contractus* del contrato real es una norma preordenada (*Zuweisungsnorm*), *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, München, 1967, 90.

(157) M. KASER, *Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht*, en «Juristische Schulung», 7 (1967), 341. Aparte de las innumerables referencias citadas a lo largo de este trabajo.

(158) Prueba de esto es que hablando de la *causa traditionis*, utiliza el concepto de BONFANTE, sobre la *causa obligationis*, que a su vez aplica mal, porque este autor (Vid. *Ibid.*), se refiere a la *causa negotii*, identificándola con el tipo negocial, lo que no sirve.

(159) Utilizable por la política legislativa, para determinar que tales o cuales negocios sean abstractos, por ejemplo. También cabe una cierta relatividad, desde el punto de vista del Derecho comparado, aunque las conclusiones puedan ser discutibles, como en el caso de E. von CAEMMERER, para quien las diferencias que en la práctica presentan ambos sistemas (el causal y el abstracto) son muy escasas (*Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung* en «RabelsZ», 12 (1938/39), 675 y ss., ahora en *Gesammelte Schriften*, I, Tübingen, 1968, 146 y ss.).

lícito utilizar para la interpretación de un sistema jurídico y menos aún el romano, donde no cabe pensar en semejante confusión, por aquello de la plasticidad del Derecho que enseñara R. IHERING (160).

3. LA INTERPRETACIÓN DE M. KASER. PLANTEAMIENTO.

La valiosa aportación de M. KASER, se contiene en diversos trabajos de su extensa e importante obra (161), pero acaso es en un artículo publicado en el *Bulletino*, de SCIALOJA (162) donde se encuentra un desarrollo más completo de su opinión sobre este tema. Un antecedente próximo de KASER, puede encontrarse en W. KUNKEL (163), para quien la *traditio* es normalmente aplicable a las *res nec mancipi*, pero también a la adquisición de la propiedad bonitaria, en cuanto a las *res mancipi*, requiriendo, en ambos casos, una *iusta causa*, lo que, en su tiempo, llamó la atención del hipotecarista español J. GONZÁLEZ (164).

Volviendo a M. KASER, diremos, que para él, de acuerdo con BONFANTE y con otros autores, la relación entre *causa* y *traditio*, en los tiempos antiguos, se cree era de la siguiente manera: el hecho de la transmisión de la propiedad, entrega y adquisición, es la causa y la *traditio* es solamente la ejecución real de la transmisión que, de esta manera, muestra la causa: por otra parte, la tradición cobra fuerza por sí misma, como *acto real*, con validez para la transmisión corporal, aunque jurídicamente sea neutral, aplicándose a supuestos en que no se trata de la transmisión de la propiedad, utilizándose en otras relaciones jurídicas (arrendamiento, p. ej.), en tales supuestos la transferencia se hace mediante la entrega (165). Ahora bien, en el Derecho clásico y,

(160) En este sentido U. WESEL, *Op. cit.*, en «ZSS», rom. Abt., 85 (1968), 104 cit. *Geist des römischen Rechts*, II, 1, 5.^a ed., 1894, 15 y ss.).

(161) Aparte de las obras citadas a lo largo del presente trabajo, una referencia completa, en *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971, 416 y *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la historia de la dogmática moderna*, en AAMN», 13 (1962), 571 y ss. (=Universidad de Valladolid, 1962).

(162) *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961) y ss.

(163) (JÖRS)-KUNKEL, *Römisches Privatrechts*, cit., 127 y ss.

(164) La segunda edición es la que fue traducida al castellano por PRIETO CASTRO (cit. *supra*) y publicada en 1937, habiendo aparecido el original en 1935, pudiendo conocer cualquiera de ambas versiones el autor citado en el texto, en cualquier caso, la 3.^a edición no varía sobre la 2.^a. Lo importante aquí es que, después de declarar J. GONZÁLEZ, la muerte del dogma del título y el modo, en *Op. cit.*, en «Estudios», I, 318, en un trabajo posterior (1943), *La tradición de fincas en los instrumentos públicos*, en «Estudios», I, 339-340, aparte de hacer constar la opinión de KUNKEL en relación con el tema, no olvida recoger antes la de este mismo autor sobre la necesidad de la *iusta causa* (p. 339).

(165) Así la *causa* es el tráfico, el movimiento de bienes que se exterioriza por la *traditio corporal*, con independencia de la relación jurídica precedente y en esto KASER, comparte su opinión con otros autores que ya conocemos (HAZEWINKEL, PEROZZI, VOCI, FUCHS, BETTI, etc.). Vid. *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 61-62, de la que la exposición del texto es un resumen, lo que sucede es que aquellos autores se quedan en este planteamiento. Algo parecido sucede, en nuestra doctrina con P. BELTRÁN DE HEREDIA, *La tradición como modo de adquirir*,

aún en el preclásico, el término *traditio* adquirió dos significados distintos: para el tráfico posesorio, siguió siendo un *acto real*, pero para el tráfico de la propiedad, viene a ser el nombre técnico con el que se expresa el negocio de transmisión libre de forma, siendo respecto de esta segunda finalidad donde se utiliza la idea de *causa*, con ello, el mero acto de ejecución se abrirá a una valoración jurídica y, paralelamente a ello, aparecen varios tipos de tradición (*traditio longa, brevi manu, constitutum possessorium*, etc.). Ambas acepciones vienen acogidas en GAIUS, 2, 19 y 20 (166). De este modo, el negocio de transmisión que técnicamente se llama *traditio* descansa sobre la *causa*, como claramente aparece en el segundo de los textos citados y en otros de GAIUS y de otros juristas (167).

De estos dos elementos de la transmisión no formal, la *causa*, representa más bien a los diferentes tipos de causa en su conjunto, concepto que, por otra parte, se ha ido formando a propósito de la *iusta causa usucapionis*, aunque, como ya sabemos, no cabe confundir una con otra, en el Derecho clásico (168). Además, en los primitivos tiempos precientíficos, los fundamentos de la *traditio*, no aparecen por sí mismos llamados como tales, sino que se individualizan, como compraventa, donación, etc., los que atribuían la propiedad mediante la entrega, como *negocios al contado*, pero cuando tales fundamentos cobran fuerza por sí mismos, entonces, aparecen como causas para la transmisión del dominio. Es el caso de la compraventa, cuando deja de ser negocio al contado y se convierte en contrato consensual. Después, el planteamiento del Derecho primitivo vuelve a reaparecer, con la vulgarización, en el Derecho postclásico (169), hasta que JUSTINIANO, tratando de restaurar el Derecho clásico, toma a la *traditio* como causal, aunque haciéndolo de forma contradictoria (170). Sin embargo, para los clásicos, la exigencia de la *iusta causa traditionis* era un principio (171).

en «RDP», 1967, 103 y ss., siguiendo a BONFANTE para delimitar el concepto de *causa traditionis*, en relación con el planteamiento del tema en el Derecho actual, fundamentalmente.

(166) Así, GAIUS, 2, 19: *Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem*, y GAIUS, 2, 20: *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim*.

(167) Gai,2,28; D,41,1,43; ULPIANUS, *Epitome*, 19, 7: *Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi harum rerum dominium ipsa traditione apprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis* (Ibid., 63).

(168) Sin embargo, como apunta el propio KASER, *Ibid.*, 67, por influencia de la primitiva escuela oriental postclásica, el tema de la *causa traditionis* se halla influenciado, en las compilaciones, por el de la *causa usucapionis*.

(169) *Ibid.*, 64-65 y 97.

(170) Por un lado tenemos dos textos en la *Instituta*, 2,1,40 y 41 y que, como sabemos, sirvieron para que SAVIGNY lanzara la teoría del principio de abstracción; el primero de ellos, en parte interpolado, coincide con otro de GAIUS (D,41,1,9,3: *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*), donde la causa no

4. EXAMEN DE LAS DIVERSAS CAUSAS: «CAUSA SOLVENDI».

Ya conocemos, en parte, el pensamiento de M. KASER, sobre la *causa solvendi*, a lo que nos hemos referido, anteriormente, al hablar de la relación entre *iusta causa traditionis* y *solutio*. No obstante, parece interesante volver a insistir sobre esto porque el tema es de capital importancia.

Es indudable, dice el Prof. KASER, que «la *causa* cumple una función en los negocios de atribución patrimonial, función que se muestra claramente en la *causa solvendi*: si se entrega una cosa como cumplimiento (o ejecución) de una obligación, se transmitirá la propiedad, también, si la obligación no es inválida. Con esto se demuestra que la transmisión de la propiedad descansa sobre la causa, porque si no hay *obligatio* no puede haber *solutio*» (172). Es decir, sin obligación, no hay pago (173). Lo que sucede, como ya hemos anticipado, también, es que en este caso los romanos no hablaban de *causa traditionis*, sino de *solutio*, lo mismo que tampoco hablaban de *causa stipulationis*, si la obligación tenía su origen en una *stipulatio*, sino de causa o *ex causa solvendi* (174). De este modo, la *traditio ex causa solvendi*, transmitía la propiedad en el momento, aunque no hubiera una obligación válida precedente». En lo que se diferencia ésta de las otras causas. Prueba de ello, es la existencia de la *condictio de indebitum solutum*, que se aplica en diversos supuestos (175), en los que se concede la *condictio* porque el que ha recibido el pago ha devenido propietario, lo mismo que

aparece por ninguna parte, pero todavía puede pensarse se trata de la *traditio*, en el sentido del primer texto de GAIUS antes citado (*rer. cott.*, 2, 19), dirigido en el mismo sentido, también, que el G,2,65, pues la *traditio* no había sido recibida por los ciudadanos romanos. En cambio, sobre la causa, habla el 41 (Inst.,2,1,41), pero aquí se trata, de la exigibilidad de la causa dejada en suspenso, mostrando, por otra parte, una implicación postclásica, respecto del pago del precio a propósito de la *causa emptiois* (Cfr.: «...*venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditor pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit...*») e incluso parece de su contexto que entre éstos dos textos falta precisamente el de la exigencia de la causa. Pero, para alcanzar el pensamiento de JUSTINIANO, debemos tener en cuenta otros textos que son contrarios a los anteriores, así el de PAULUS, D,41,1,31,pr. y el de ULPIANUS, D,41,1,36, de los cuales surge una contraposición, pues el primero es *causal* y el segundo *abstracto* aunque ambos traen todo el énfasis retórico de la escuela oriental postclásica, extraño por otra parte a la jurisprudencia clásica (*Ibid.*, 65-67).

(171) KASER, *Ibid.*, 97.

(172) *Ibid.*, 70.

(173) Aquí se muestra, para el Derecho romano, lo mismo que sucede en el Derecho moderno, la conexión sistemática entre transmisión del dominio y negocio abstracto (funcionando en sentido negativo).

(174) En lo que existe un acuerdo unánime, en las fuentes; sin embargo, hay un texto de POMPONIUS (D,41,10,3), en el que remitiéndose a NERATIUS, piensa que la causa no es la *solutio*, sino la *stipulatio* (KASER, *Ibid.*, 70), pero se trata de *causa usucapionis*.

(175) A esto ya nos hemos referido antes, texto y notas 139 y ss. Los supuestos a los que alude KASER, son: *qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit* (D,44,1,5; G,3,91; Inst.,3,14,1 y 3,27,6) y en igual modo, *re obligatur*, como en G,3,90, a propósito de la *mutui datio* (*Ibid.*, 71).

cuando se reclame dinero o cosa análoga, de las que *nummi extantes*, aunque entonces depende de si han sido consumidas, precisión que va a arrojar una luz extraordinaria para la comprensión del famoso *dissen-sus in causa* (JULIANUS, D,41,1,36 (176), lo que el propio M. KASER, completa con un amplio estudio, al que antes, también, hemos aludido, sobre la configuración de los negocios de dinero en el Derecho de cosas (177), diciendo que, lo mismo que en el Derecho moderno, se advierten numerosas especialidades en relación con el estatuto jurídico del dinero (178), otro tanto ocurría en el Derecho romano, lo que se manifiesta en el Derecho de cosas, en la *vindicatio*, en la *commixtio*, en la *consumptio nummorum* y en la *traditio* (179).

Aquí sólo nos interesan los supuestos de la *traditio nummorum*. Como sabemos, en el Derecho clásico, se exige para su validez la *iusta causa traditionis*. Sin embargo, si se trata de la *solvendí causa*, nos encontramos con el supuesto de la transmisión efectuada por el *pupillus* sin la *auctoritas tutoris*, en el que no se produce la transmisión de la propiedad, salvo cuando se trate de dinero (180). Tampoco es posible que transmita la propiedad, la *traditio*, y con ello se refuerza el fundamento de la *iusta causa*, cuando se trata de negocios prohibidos, p. ej., *donationem inter virum et uxorem*, pero en D,24,1,3,10 y 11 (181), se establece una clara frontera, pues resulta un tratamiento diferente para la *vindicatio* que para la *consumptio* (182). Lo mismo sucede, en la famosa antinomia entre el D,12,1,18,pr. y el D,41,1,36, texto este último que, como hemos visto, numerosos autores interpretaban como abstracto, o que otros llegaban a considerar la necesidad, aparte de la existencia de la causa, de una voluntad concorde de enajenar y adquirir, pero ambas posturas son inadmisibles, por otra parte, la solución de ULPIANUS (D,12,1,18), responde a algo más que a una intuición, ya que, para este jurista, no tiene lugar la transmisión de la propiedad, sin que se haya verificado la *consumptio*, lo que sitúa esta cuestión, claramente, en el campo de la *condictio* (183).

(176) Ahora bien, la doctrina expuesta únicamente puede ser aplicable a los negocios realizados por personas capaces, no así cuando el menor paga sin la intervención de la *auctoritas tutoris* (JULIANUS, D,12,1,19), salvo que se trate de una suma de dinero (G,2,84). KASER, *Ibid.*, 71.

(177) *Das Geld in römischen Sachenrecht*, en «TR», 29 (1961), 169 y ss.

(178) Ya sobre este tema el propio M. KASER, *Das Geld im Sachenrecht*, en «AcP», 143 (1937), 1 y ss.

(179) M. KASER, *Op. cit.*, en «TR», 29 1961), 169 y ss.

(180) *Ibid.*, 216-219.

(181) *Ibid.*, 221-223.

(182) Cfr. 10: *Sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure, nihil valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet...*; 11: *Si quis igitur nummos uxori dederit, non fieri eius apparet, quia nihil corporis eius fieri palam est.*

(183) M. KASER, *Op. cit.*, en «TR», 29 (1961), 225-229, y *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 71. Aclarando el propio KASER, que la referencia del texto (D,12,1,18) a la *exceptio doli*, no es correcta. Por otra parte, se encuentra, en la opinión de ULPIANUS, una clara aplicación del concepto o idea de *natura rei*, al aplicar una disciplina diferente a las cosas consumibles, claro que todo esto, aunque sea cier-

Pero volviendo, de nuevo, a la *causa solvendi*, dice M. KASER que «la regla general viene a ser que para que sirva como medio de fundar la transmisión del dominio, o mejor dicho de su adquisición, procederá de algún tipo de contrato, de un delito, o de *alia causarum figura*. Pero la obligatoriedad de la *stipulatio*, o de los legados obligatorios, son ejemplos imaginarios. Más propiamente hay que pensar, en la devolución del préstamo, o en el pago del precio de la compraventa, sin embargo, carecemos de fundamento para excluir otras obligaciones, sobre todo, de las que proporcionan la propiedad a través de un *solvere* de dinero o de otra cosa» (184). Ahora bien, no hay que pensar, como veíamos entendía cierta doctrina, que «haya prestaciones contrapuestas a la *solutio* que pertenecieran al vendedor. La situación de estas prestaciones, respecto de la *solutio* denotarán, sin lugar a duda que carecen de fundamento, encontrándose en el lenguaje postclásico, frecuentemente, prueba, en fin, de todo esto son también, dos textos de PAULUS (D,41,3,48 y D,41,4,2,pr.) que muestran en campo vecino una diferencia de tratamiento para la *usucapio pro soluto* y para la *usucapio pro emptore* (185).

5. LAS OTRAS CAUSAS. CUESTIÓN DEL «TÍTULO PUTATIVO».

Pasamos ahora a ocuparnos, con KASER, de las otras causas, que podemos deducir de las *causae usucapionis*, que es lo que hacían los juristas romanos (quitando el *pro* que ya no tiene sentido en materia de

to, no aparece más que enunciando, conforme al método propio de los juristas romanos, que el propio KASER también ha contribuido a esclarecer. Como conclusión diremos que la diferencia, no está entre la *traditio* de dinero y la *traditio*, en general, sino entre *traditio* y *consumptio*. Algo paralelo se refleja en el Código civil español, comparando los arts. 1095 y 1160.

(184) *Op. cit.*, en «BIDR», 64 (1961), 77.

(185) *Ibid.*, 78-81. En cuanto a los dos textos citados, colocados bajo el nombre de PAULUS, vemos que revelan dentro de sí puntos de vista diferentes, mostrando los dos de una manera indudable la forma de los trabajos postclásicos, etc. De lo que PAULUS ha podido decir, seguramente sólo ha sido transcrito *Pro emptore possidet qui re vera emit*, quedando la *usucapio pro emptore*, en lugar de una compraventa válida, pero para eso el comprador debe tener buena fe. Pero del cumplimiento del contrato tal y como aparece en el texto se deduce el mismo efecto *ex causa venditionis*, lo que parece extraño. Otro tanto se plantea en relación con los demás contratos: Si yo te entrego (una cosa libre o una *res Mancipi*) y los dos creemos se trata de una prestación surgida de un contrato, puedes prescribirla, pues se trata de un cambio patrimonial operado de *bona fides*, etc. En cambio, en la compraventa de creer a los textos citados, debo atenerme a la vez a la conclusión del contrato y a los efectos derivados de la buena fe. En suma, según estos textos, se establece una diferencia para la *usucapio pro emptore* y para la *usucapio pro soluto*, ya que para ésta sólo era precisa en el momento de efectuarse, mientras que, en el título *pro emptore*, se discutía si la *bona fides* había de exigirse, también, en el momento de la *traditio* (D,41,3,10, D,6,2,7,17, D,41,4,7,4). Ahora bien, concluye KASER, ese pensamiento lo mismo que es válido para la *usucapio* es válido para la *traditio*, en cuanto a la distinción entre la *causa venditionis* y la *solutio*, porque como la primera es consensual, sólo tiene sentido y validez, si a su vez es válida la compraventa y, sólo, entonces, transmite la propiedad la *traditio*.

causa traditionis). Así, dice, podemos determinar las siguientes: *causa venditionis* (G,2,20; Inst.,2,1,41); *causa donationis* (G.2,20; Inst.,2,1,4; 2,6,11), que cuando se trata de dinero, presentan un aspecto especial (186) y, lo mismo puede decirse de la *dotis datio*, o de la *causa credendi*, en virtud de un *mutuum* válido (187), tomando todas ellas la forma de la *causa solvendi* (188). Otro grupo de supuestos viene constituido por aquellas obligaciones nacidas *ob rem*, *ob causam datum*, a propósito de las cuales se concede la *condictio ob causam datorum*; es el caso de la *permutatio*, según un texto de ULPIANUS (D,6,2,7,5) (189). Situación especial presentan la *donatio mortis causa* y la *dos* (190) y, todavía quedan un par de supuestos que, seguramente, tienen su fundamento en un *pactum*, o en una *transactio* (191).

Con esto vemos que *causa traditionis*, dice KASER, es en la concepción romana, todo tipo capaz, por medio de la entrega, de transmitir la propiedad. «Entonces se puede pensar que esto supone, en relación con la *traditio*, una base para fortalecer su concepción abstracta, pero esto no es así al tratarse de un fundamento particular, individual, que como tal, regula la tradición como el *supuesto de hecho* de la adquisición de la propiedad. Ese fundamento jurídico es inseparable, en su conjunto, para la validez de la relación de atribución. Representa cier-

(186) Bien porque el dinero se hubiera entregado al *contado*, o porque se añadiera a la donación una *stipulatio*, tomaban la *causa solvendi* (Ibid., 83-84).

(187) No así el realizado por el *impuber* sin la *auctoritas tutoris* (D,12,1,19,1) o si se trataba de un *furiosus* (D,12,1,12) lo que viene a confirmar lo dicho en el texto, en sentido contrario, porque tratándose de dinero se concede la *condictio*.

(188) *Ibid.*, 84 y allí otros supuestos.

(189) *Ibid.*, 85.

(190) La *donatio mortis causa*, es una forma categórica de causa que por el hecho de la muerte implica la transmisión de la propiedad. Para la *dos* cabe pensar lo mismo cuando tiene lugar la celebración del matrimonio (D,12,4,8 y 10; D,12,4,7,pr.). Es el fin el que justifica la atribución, no el medio utilizado, por eso, *contra* estos supuestos actúa la *condictio ob turpem causam* (Ibid.).

(191) *Ibid.*, 85-86. En el *pactum* no hay que ver el precedente de una fundamentación abstracta, ni tampoco podría utilizarse una situación excepcional para hacer un planteamiento de tipo general. En otro sentido, sucede lo mismo con la fundamentación del concepto de causa, derivando de la *idea de equivalencia*, propia de la *causa de los innominados*, como tantas veces he puesto de relieve, en diversos trabajos y a lo que, en el presente, también me he referido y que si existió, en las fuentes romanas, fue debido a un vulgarismo de influencia oriental, derivado de la tópica aristotélica (*aequitas* o *aequalitas*) y que cobró nueva fuerza en algunas tendencias desarrolladas en la época del Derecho común, en la Edad Media, llegando a contraponer *prestación* a cambio de *promesa*, juego que es ajeno a la *iusta causa traditionis* y que si parece cobrar algún sentido con aplicación a la *causa solvendi* utilizada en relación con las prestaciones nacidas de la *emptio*, es porque con el Derecho vulgar, la compraventa vuelve a ser un *negocio al contado*, como aparece en las *Pauli Sententiae* (2,17,13), donde se ha transformado de contrato consensual en un negocio de *bona fides*. Por otra parte, otro tanto hay que decir de la posible transformación de la *traditio* como consecuencia de la introducción de la práctica documental, cuyo alcance probatorio, pese a la conocida tesis de RICCOBONO, recuerda ya tempranamente el C,2,3,20.

tamente la regla de su validez, pero esa regla puede tomar diversa profundidad, según el ámbito de las diferentes causas» (192).

Parece que los juristas romanos, en algunos casos, se contentan con esto, pero, en otros, se plantea el problema de la fuerza que pueda tener la buena fe del adquirente. ¿Se da alguna validez a estos supuestos?, se pregunta M. KASER. Vamos a verlo. En primer lugar, aparece la famosa antinomia D,41,1,36 y D,12,1,18, otro grupo de casos se da también en materia de *causa solvendi*, ¿es que se ha dado validez a una posible admisión del *título putativo*? Realmente no, lo que sucede, dice KASER, es que se adoptan dos tipos de soluciones, cuando se trata de supuestos que podemos llamar relaciones de atribución *típicas*, debidas a una compraventa, p. ej., etc., no se admite el título putativo para la *traditio*, a diferencia de lo que sucede para la *usucapio*. En cambio, en los supuestos excepcionales o simplemente anormales, a los que antes nos hemos referido, sucede lo que ya conocemos. Pero esto no supone que haya pasado de la *usucapio* a la *traditio*, en esta materia, ningún elemento decisivo, como creía cierta doctrina que anteriormente hemos criticado, lo que no quita para que existan, entre ambas instituciones, cierta relación, aunque una y otra reciban distinto tratamiento, porque, en ocasiones, pueden amparar idénticos intereses, si bien, la situación de los intereses es distinta en la *traditio* que en la *usucapio* (193). No obstante, añade KASER, se pueden notar algunas coincidencias en materia de *título putativo*, entre *usucapio* y *traditio*, planteándose en los casos en que la relación de atribución no era válida (así, en el caso del *pupillus*, que actúa sin la *auctoritas tutoris*, p. ej.), o que su invalidez era ignorada por el adquirente (caso del *dissensus in causa*, entre otros), si bien, esto aparezca en la *causa traditionis* de una manera excepcional (194).

(192) *Ibid.*, 87.

(193) *Ibid.*, 87-93. Entre los supuestos excepcionales contempla algunos ejemplos a los que se aplica la *causa solvendi*, como vimos anteriormente, como la dote y la donación (pp. 90-91), en materia de dote alude a un interesante supuesto de *usucapio pro suo* (D,23,3,67 y D,41,9,1,3-4), diciendo que el título putativo aun en la *usucapio* se acataba con toda prudencia, así PROCULUS, en el primer texto citado, en cambio CELSUS, en el segundo, ha tomado la excepción como si no fuera tal. Sin embargo, en tiempo de DIOCLECIANUS, siempre se exigía un *verus titulus* (C,7,29,4; 7,33,5). *Ibid.*, 91. En cuanto a la diferente posición de los intereses entre *traditio* y *usucapio*, conviene tener en cuenta, de nuevo, también: F. WUBE, *Die Interessenlage bei traditio und usucapio*, en «TR», 32 (1964), 588 y ss. La exigencia del título para los clásicos, no era tan radical, en el caso de la *usucapio*, se admite el título defectuoso, o aquel que el adquirente cree que es válido y así otros supuestos, lo mismo sucede en materia de *dissensus in causa*, cuando yo recibo una cosa y creo que se me ha entregado a título de donación, aunque así no sea, mediando esta entrega, puedo llegar a adquirirla por *usucapio* (D,41,6,1,pr.), aunque el *título putativo* por sí solo nunca produce la transmisión, es preciso la buena fe y el tiempo, de ese modo aquella puede contemplar el título putativo (*Ibid.*, 563 y ss.). También sobre el tema: MAYER-MALY, *Das putativproblem bei des usucapio*, Graz-Koln, 1962.

(194) *Ibid.*, 93.

6. CONCEPTO DE «CAUSA TRADITIONIS».

El Prof. KASER, concluye su trabajo diciendo que los romanos, no nos legaron una definición de la causa, aunque, en cambio, nos han suministrado los elementos para construir su concepto a través de las diversas causas (195). *Causa* o *titulus*, representa un fundamento, o una motivación de la entrega de una cosa. Pero no toda motivación de la entrega de la cosa sirve en los negocios de transmisión, pues también esto tiene lugar para fundamentar situaciones *posesorias* o meras *detentaciones* (como en el caso del comodato, del depósito, o del arrendamiento, etc.) (196).

De este modo, prosigue KASER, la causa acompaña a las entregas corporales, para poder facilitar, mediante la entrega (197), la adquisición de la propiedad, lo que hace de la tradición un negocio de la transmisión (198). Esta finalidad que representa la causa, no se refiere a relaciones sociales o económicas, por lo que no sirve el concepto de BETTI (199), sino, exclusivamente, una relación jurídica: *emptio, venditio, solutio*, etc. Esta relación jurídica debe ser válida, lo que también es aplicable para la *solutio*, como ya ha quedado explicado, pues su validez no sólo depende de su fundamento obligatorio (200). Lo mismo sucede en las excepcionales formas de aplicación a la *traditio* de la *usucapio pro emptore, pro dote*, etc., supuestos en los que debe mediar, además, la buena fe del adquirente (201).

Por otra parte, la causa debe ser *iusta* (ULPIANUS, Ep.,19,17; GAIUS, 2,20; PAULUS, D,41,1,31,pr.), significado que hay que encontrar en el Derecho positivo y que se aplica con referencia a las *iniustae causae* (como las donaciones entre cónyuges, u otro negocio prohibido) (202).

(195) *Ibid.*, 93.

(196) *Ibid.*, 94. Por eso, tiene sentido hablar, también, de *animus posesorio*, aludiendo al *título* de la posesión, es decir, al concepto por el que se posee. Vid., J. L. DE LOS MOZOS, *Notas para una reconstrucción del concepto de «animus» posesorio en el Derecho moderno*, en «RGLJ», 1965, 2, y ed. separada, Madrid, 1965.

(197) Lo mismo hay que pensar cuando se trate de entregas espiritualizadas, o de formas sustitutivas de la *traditio*, como el *constitutum possessorium*.

(198) Esta calificación no debe tomarse fuera de su propia sede, haciéndonos recordar el negocio de transmisión del Derecho alemán, al que podemos llamar formal, porque la entrega cumple función de forma, como en nuestro Derecho ha entendido el propio F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*. Madrid, 1967, 286-287, aunque el pensamiento del autor seguramente va dirigido a la tradición aplicada a la posesión. Siendo de hacer notar que en este sentido nuestra doctrina se ha obstinado en referir exclusivamente la tradición a esta función.

(199) Es lógico que así sea porque la construcción del autor citado sirve, como ya hemos indicado, para construir el concepto de causa del negocio, que confunde con el de *causa traditionis* y lo mismo habría que decir de otros autores a los que anteriormente nos hemos referido.

(200) Sino de la función que ciertas cosas, el dinero, p. ej., cumplen, como se pone de manifiesto en relación entre *traditio* y *consumptio*.

(201) *Ibid.*, 94-95.

(202) *Ibid.*, 95.

Es en la relación causal válida, en la que se halla implícita la intención de transmitir y de adquirir la propiedad, pero, como es natural, la consecuencia que es la transmisión, responde a una *relación jurídica*, no a esa *intención*, que los clásicos expresaban de este modo: *voluntas domino volentis rem suam in alium transferre* (GAIUS, rer. cott., D,41, 1,9,3 = Inst.,2,1,40), pero esta afirmación no tiene un valor autónomo, como para pensar en la afirmación válida de un acuerdo real (203). En suma, concluye, «la exigencia de la *iusta causa* es para los clásicos un principio. La postura de JUSTINIANUS, en cambio, responde a una contradicción. Junto a la exigencia de la causa que reconoce, luego dice lo contrario, como si renunciara a ello y se inclinara por esto, según parece, preferentemente» (204).

III. PRESUPUESTOS ROMANISTAS DE LA ADQUISICION DEL DOMINIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

La aclaración de la verdad histórica, según la interpretación de M. KASER, nos va a facilitar, indudablemente, el planteamiento de la cuestión en nuestro Derecho, cuando, por otra parte, se acepta, plenamente, la idea de una esencial continuidad histórica, en lo que es unánime la doctrina. Únicamente, las discrepancias han surgido a la hora de valorar y de utilizar la tradición romanista, o como consecuencia de las implicaciones del tema con el sistema de publicidad inmobiliaria, o ya, en fin, por una cierta simpatía al principio de abstracción, consecuencia de la utilización inadecuada del método de Derecho comparado.

No voy a ocuparme aquí, de todos estos problemas, algunos de los cuales ya he tratado, separadamente, en otras ocasiones (205), limitándome, simplemente, a extraer las conclusiones que se derivan de la aceptación de estos presupuestos romanistas, sin embargo, antes, sobre el tema de la continuidad histórica de este planteamiento, me parece oportuno hacer alguna observación.

(203) Tampoco cabe pensar en dos voluntades yuxtapuestas, como resultaría de admitir la *iusta causa* por un lado y, además, una voluntad específica o un acuerdo de voluntades, en la que la más típica es la voluntad de dar, como se deduce del D,41,1,36.

(204) *Ibid.*, 97. Una posible explicación de los términos de Inst.,2,1,40 y 41, puede hallarse en la falta de un texto intermedio, a lo que antes nos hemos referido. De todos modos, también puede encontrarse un resumen del pensamiento de KASER, en *Römischen Privatrecht*, München und Berlín, 1964, 96 y ss. y en la trad. esp. de SANTA CRUZ TEIJEIRO (de la 5.^a ed., 1966, inalterada en esta materia), *Derecho privado romano*, Madrid, 1968, 113 y ss.

(205) J. L. DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en «ADC», 19 (1966), 369 y ss.

1. SOBRE LA CONTINUIDAD HISTÓRICA DEL PLANTEAMIENTO CLÁSICO.

Cuando la codificación española, y me refiero tanto al Código civil (206), como a la Ley Hipotecaria (207), la doctrina científica, o para ser más exactos la que podríamos llamar *costumbre culta*, que responde más a la idea de la conciencia jurídica, tal y como la sienten los juristas de la época, que son los que van a llevar a cabo la codificación, se mantiene fiel al *usus modernus Pandectarum* (208), no habiendo penetrado las nuevas corrientes más que, marginalmente (209), por eso, es unánime en nuestra doctrina que, el Código civil, acoge la *teoría del título y el modo* (arts. 609 y 1095).

Ahora bien, la *teoría del título y el modo*, no responde, tan siquiera, en rigor, ni a una versión *tradicional* del sistema de adquisición del dominio en el Derecho romano clásico, porque no existe, propiamente, una tradición romanista, en el sentido de continuidad. Como sabemos, surge de la implicación retórica de las ideas de *posibilidad y efectividad* que aparece tempranamente en la especulación teórica del Derecho común (210) y que se consagra, definitivamente, por influencia del Derecho natural (211). Lo que es propio de la evolución y del desatro-

(206) Así la Base 20.^a, expresa que: «Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación del dominio o de cualquier otro derecho a él semejante...». Rechazando el criterio que, siguiendo al *Code civil*, se manifiesta, en sentido contrario, en el *Proyecto de 1851*, art. 548, según el cual «la propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción». Cfr., además, arts. 609 y 1095 C. c.

(207) La *Exposición de Motivos* de la Ley de 1861, fija claramente la posición de nuestro Derecho, al hablar del alcance de la publicidad registral a través de la inscripción, manteniendo el respeto a nuestra tradición jurídica. Así cuando dice: «Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición... «Sistema que mantiene el Código civil, al deslindar perfectamente los dos campos, como confirman los arts. 605 al 608.

(208) La continuidad del *usus modernus*, a través de VINNIUS o de HEINECIUS, en nuestra doctrina antigua es manifiesta, y así lo destacan los autores que se han ocupado del tema: J. GONZALEZ, *Op. cit.*, en «Estudios», I, 322-323; I. SERRANO y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), 734 y ss.; U. ALVAREZ, *Op. cit.*, 110-111. También sobre esto, M. BATLLE, *Espíritu y direcciones del Derecho civil moderno*, en «AUM», 13-2 (1954/55), 459-460.

(209) Así, por todos: GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, I, Madrid, 1871, 740; B. GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, III, Madrid, 1868, 29 y ss., donde, sin embargo, se observan las vacilaciones doctrinales sobre el concepto de *causa traditionis*.

(210) Todo ello, vinculado, por otra parte, a la teoría de las causas aparece, en torno a la idea de *causa precedente*, ya en PLACENTINUS, *In Summan Institutionis*, Moguntiae, 1537, ad. 2,1,45,21 y en AZO, *Summa Codicis*, II, Lugduni, 1576, ad C,7,26,8,f 160 v.

(211) Doctrina que, como sabemos, actúa sobre la construcción de la teoría del *ius ad rem*, que tiene su origen en el Derecho feudal y en el Derecho canónico, lo que se hace doctrina común en nuestros clásicos, por todos: ANTONIO

llo del Derecho europeo, como he precisado en otro lugar (212). Esto supone, ciertamente, una manera de salvar la tradición romanista, pero a costa de transformarla.

Esta transformación, sin embargo, no es sustancial y se manifiesta en la diversa manera de formular el Derecho, en un cambio de método, que es lo que realmente separa a los juristas romanos de los juristas posteriores, sobre todo, desde que tiene lugar la especulación jurídica dependiendo de las exigencias de su *cientificación*, lo que ocurre, primero, con el renacimiento del Derecho romano y, después, con la influencia del Derecho natural (213), pues es evidente que la doctrina de SAVIGNY, no penetra más que marginalmente antes de la codificación (214). Las vacilaciones, en la interpretación de las fuentes romanas, ya eran anteriores al propio SAVIGNY (215), arrancando de la glosa

GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Lugduni, 1741, *ad legem* 40, núm. 16, 182-183; J. GUTIÉRREZ, *Opera Omnia*, I, *Practicarum quaestionum civilium*, Lugduni, 1730, Lib. II, *quaest.* CLII, 354; D. COVARRUBIAS, *Opera omnia*, ed. Coloniae Allobrogum, 1723, *Variarum resolutionum*, Lib. I, cap. XIV, nn. 2,3 y 14,88 ss.; II, Lib. II, cap. XIX, 249 y ss., etc.; PICHARDO DE VINUESA, *In Institutiones Justiniani Imperatoris Commentaria tomi duo*, Lugduni, 1671, I, *ad Inst.*, 3,24, nn. 4,24,40,230 y ss.: A. FERNÁNDEZ DE RETES, *Opusculorum libri quator*, Salmanticae, 1650, I, *Totus varius miscelaneusq.*, cap. XXII, nn. 6 y ss., 142 y ss.; MATIENZO, *Commentaria in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae*, Mantuae Carpetanae, 1613, tít. 11, ley 7, glosas 6 y ss., 362 y ss. Y así, en otros autores, como los citados por J. GONZÁLEZ, *Op. cit.*, en «Estudios», I, 304 y ss. Y otro tanto podríamos decir de la doctrina del *usus modernus Pandectarum*, en sentido amplio, por todos: MEVIO, *Commentarii in Jus Lubicense libri qui ique*, Francofurti et Lipsia, 1700, Lib. I, tít. II, art. V, 111 y ss.; DARIES, *Institutionis Jurisprudéntiae universalis*, Jenae, 1757, cap. II de la *Pars spec.* Secc. II, tít. IV, § 461, 239 y ss., tít. V, § 475, 250 y ss., etc.; STRUVI, *Jurisprudéntia Romano-Germánica*, ed. 14.^a cuidada por RICHTER, Ienae, 1726, Lib. II, tít. I, 74 y ss., 99 y ss.; BRUNNEMANNI, *Commentarius in quiquaginta libros Pandectarum*, ed. «S. Strykius», Francofurti ad Moenum, 1692, ad D,41,1, 31,pr., 445; y *Exercitationes Justinianiae XXII. Jus Institutionum controversum, ad usum modernum applicatum*, etc., Francofurti, 1667, 56; LAUTERBACH'S, *Collegii theoreτικο-πρακτικι ad libro trigesimo nono Pandectarum usq. ad finem*, § *sic ad Digestum novum, Pars Tertia*, Tubingae, 1725, Lib. XLI, tít. I, §§ 50-55, 173 y ss.; U. HUBER, *Praelectionum iuris civilis, tomi III, secundum Institutiones et Digesta Iustiniani*, Lipsia, 1735, 94 y ss.; S. STRYKII, *Usus Moderni Pandectarum (lib. XXXIX ad finem)*, IV, Halae Magdeburgicae, 1723, in tit. 41, 1, 109 y ss.; A. LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, Lipsiae, 1744, VII, ad D,41, 1, 64 y ss., etc. Siendo de hacer constar que esta doctrina no sigue con tanta pureza el Derecho romano.

(212) Vid., J. L. DE LOS MOZOS, *El Derecho natural en la formación del Derecho civil*, en «Estudios Castán», VI, Pamplona, 1969, 585 y ss.

(213) Para esto por todos, F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, 14 y ss.: 43-45, etc.

(214) I. SERRANO Y SERRANO, *Op. cit.*, en «RCDI», 10 (1934), alude a J. PASTOR Y ALVIRA, diciendo que su teoría coincide en parte con la de SAVIGNY, pero no parece que este aspecto de la obra de SAVIGNY, fuera muy conocido antes de la codificación.

(215) Vid., J. L. DE LOS MOZOS, *La doctrina de F. C. von Savigny*, cit., ed. sep., 16 y ss.

de ACCURSIUS (216) y de la implicación *consensualista* en el tema de las causas, pero esto no supone, ni impide, la formación y el desarrollo de los conceptos: causa próxima, generalmente como *modus* y causa remota, como *titulus adquirendi*, salvo muy significadas excepciones (217). A lo sumo, puede decirse, que aquellas vacilaciones doctrinales son un poco fruto de la *dogmatización* que se ha producido al formular los conceptos jurídicos, incapaces de representar la rica variedad que ofrece la realidad del Derecho, contenida o no en las fuentes romanas, o también excitados por ella, sobre todo, en relación con las dificultades de interpretación del *Corpus* que ya conocemos. Pero de todos modos, al tratar de aplicar estas nuevas categorías conceptuales (*titulus* y *modus*) a la interpretación del Derecho romano, con mayores o menores pretensiones actualizadoras, a lo largo del Derecho intermedio, podemos advertir, aparte de que sean extrañas a la mentalidad jurídica romana, la existencia de un *núcleo central* en la formulación de la teoría que se adapta fácilmente a las *causas típicas* (compraventa, p. ej., sobre todo en los casos normales), donde existe cierta uniformidad (y lo mismo puede decirse de la *traditio* corporal) y una *periferia* donde se manifiesta la disparidad de criterios (pacto nudo, promesa, *traditio ficta*, etc.). Lo que no deja de tener cierto paralelismo, aunque muy lejano, con la situación que hemos contemplado en el Derecho romano clásico

Pero, además, hay que tener en cuenta que, aunque no podamos pretender —ya que no podemos probarlo— que existe una mayor fidelidad al legado romanista, en el Derecho de Castilla (que había de servir de base fundamental para la elaboración del Código civil), si nos es posible invocar una cierta continuidad en la aceptación de los dogmas que ha establecido la *recepción del Derecho romano*, favorecida por la enseñanza de las Universidades y por el cesarismo de los reyes, lo que, después, vendrá a consolidar un espléndido humanismo, en los siglos XVI y XVII (218).

Esto se manifiesta en el claro precedente legislativo de las *Partidas*, especialmente en la *Ley 46, tit. XXVIII, P 3.*, donde se recogen los dos elementos que, para la transmisión del dominio, exige la

(216) *gl. Dissentiamus*, especialmente, en relación con la antinomia D,41,1,36 y D,12,1,18, en *Digestum novum seu Pandectarum iuris civilis, Tomus Tertius*. Lugduni, 1569, col. 382.

(217) Aparte de ACCURSIUS y BALDUS, en el Derecho común, esta línea se fortalece, sobre todo, en DONELLUS, tanto que la doctrina de la abstracción se ha llamado teoría de DONELLUS-SAVIGNY.

(218) Este humanismo jurídico influye notablemente en Europa y constituye uno de los elementos decisivos del *usus modernus Pandectarum*, especialmente en Alemania, por todos: H. THIEME, *El significado de los grandes juristas y teólogos españoles del siglo XVI para el desenvolvimiento del Derecho natural*, en «RDP», 1954, 596 y ss.; J. F. HEINE, *Zur Methode in Benedikt Carpzovs zivil rechtlichen Werken*, Diss. Freiburg, 1964 (también en «ZSS», rom. Abt., 1965), 27 y ss. Sobre esto, una referencia muy interesante en SALVIOLI, *Storia del Diritto italiano*, Torino, 1930, 120, indicando las diversas tendencias del humanismo jurídico español.

teoría del título y el modo (219): «apoderamiento» o *traditio* y «derecha razón» o *causa* (220) y, también, en la exposición de las opiniones de nuestros clásicos, así ANTONIO GÓMEZ, dirá que la propiedad de los bienes inmuebles, por modo derivativo, se adquiere *per contractum onerosum vel lucrativum secuta traditione vera vel ficta* (221), o FERNÁNDEZ DE RETES, quien señala dos tipos de causas: temporales (depósito, comodato, arrendamiento) y perpetuas (venta, donación, dación en pago, permuta, legado, *adiudicatio et similes*), añadiendo que, para transmitir el dominio, *requiritur, ut praecedat titulus, seu causa perpetua et sequatur traditio; nec traditio sine precedente causa* (222). Otro tanto encontramos, en fin, en LUIS DE MOLINA, donde la formulación de esta doctrina resulta más completa, por tratar del tema directamente, conectando con la teoría del *ius ad rem* y hablando de que los títulos hábiles para la tradición, pueden ser, *legitima emptio, vel donatio aut alius similis*, distinguiendo el *verus* del *praesumptus*, que no sirve para la tradición, pero que puede valer para la *usucapio* (223). Siendo de hacer constar la concordancia de nuestra doctrina, en esta materia, con las opiniones de los máximos romanistas de su época, J. CUIACIUS (224) y A. FABER (225). Lo que justifica la

(219) Cfr. «Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas o dandogelas en dote o en otra manera o cambiándolas o por alguna otro derecha razón.» No es exagerado hablar aquí de la citada teoría, por que tal se formula en el siglo xv o a principios del xvi (J. APPEL), y ya se halla prefigurada en la doctrina del Derecho común, en torno al concepto de *ius ad rem* (formulado por J. DE REVIGNY, en el siglo XIII, que influye claramente en la investidura feudal (P,4,26,4; 3,18,68, etc.), cuando, por otra parte, las relaciones entre Salamanca y Orleans debieron ser muy estrechas, o bien que, Nápoles, Salamanca y Orleans, respondan al mismo fenómeno paralelo de la «provincialización de la Glosa».

(220) La glosa de GREGORIO LÓPEZ, no dice qué se entiende por causa, en relación con P,3,28,46 (*Las siete Partidas del sabio rey Don Alonso el nono*, II, 1794, 248-249), ocupándose más de otras implicaciones que tienen un claro precedente postclásico, como el pago del precio en la compraventa, pero sin embargo, el propio texto, como vemos (transcrito en la nota anterior en su primera parte) enumera las causas calificándolas en general de *derecha razón*, terminología que usa el Código alfonsoino (P,3,13,7; 4,4,2, etc.) en otras materias más o menos relacionadas con la presente.

(221) *Ad leges Tauri*, cit., ley 45, n. 4, 236.

(222) *Opusculorum*, I, 142. Cuando por otra parte, como ya hemos aludido anteriormente, resuelve la antinomia D,41,1,36 y D,12,1,18, en favor de ULPIANUS, partiendo de la crítica de M. VALENCIA a H. DONELLUS y mostrándose de acuerdo con CUIACIUS, FABER, COVARRUBIAS, MOLINA, AZEVEDO, PARLADORIO, etc., decide que el adquirente adquiere el dinero que consume de buena fe, por el hecho de su consumo que sirve como de confirmación, *Op. y vol. cits.*, 144-145.

(223) *De iustitia et iure*, I, Antuerpiae, 1615, trat. II, disp. 2.^a, 12 y ss., 18 y ss., 116 y ss.

(224) *Opera Omnia*, I, Lugduni, 1614 col. 1956, y VI, Mutinae, 1578, col. 82 y ss. quien critica primero a ACCURSIUS, por su concepto de causa próxima referida a la *nuda traditio*, a propósito de la famosa antinomia y a la que califica de ineficaz, pues JULIANUS no dice que ésta transmita el dominio, si no va precedida de una justa causa, lo que pasa es que la discrepancia no se halla respecto de la transmisión de la propiedad —dice CUIACIUS— sino en relación con el pago y, entonces, la antinomia se plantea del siguiente modo: JULIANUS, considera un pago válido, ULPIANUS, únicamente por razón de tratarse de bienes consumibles.

(225) *Rationalia in tertiam partem Pandectarum*, III, Aurelianae, 1626, 46

fidelidad al *usus modernus Pandectarum* de nuestros juristas, no sólo por el aislamiento y la decadencia de nuestra cultura a partir del último tercio del siglo XVII, sino por un movimiento de reflujo, que sigue el camino inverso (226), representado en esta materia por la inmensa influencia de G. HEINECIUS (227).

Pero existe, también, otra circunstancia que favorece la continuidad de este planteamiento y es que, en nuestra tradición jurídica, excepto en Aragón (228), la *práctica documental* no adquiere el significado que cobra en otros Derechos europeos (229), sirviendo, en éstos, a favorecer el alcance real de la *nuda voluntas*, mediante el *auxilium instrumentum* o carta, con lo que, por una parte, se está labrando la posibilidad de la abstracción y, por otra, se está contribuyendo, al menos, a configurar el *contrato real* del *Code civil* que, sin duda, tanto influyó en el ánimo del propio SAVIGNY (230) y al que es ajeno nuestro antiguo Derecho, como con toda exactitud expresa la *Exposición de Motivos* de la Ley Hipotecaria de 1861 (231).

2. CONSECUENCIA DE LA MODELACIÓN DOGMÁTICA DEL PENSAMIENTO CLÁSICO Y ELEMENTOS AJENOS A AQUELLA TRADICIÓN.

De todos modos, hay que tener en cuenta, como ya hemos dicho, que la continuidad de la *teoría del título y el modo* no representa, más que de forma lejana, el planteamiento de esta cuestión de acuerdo con el Derecho romano clásico, aunque dentro del marco del Derecho actual. nuestro Derecho, sea de lo más parecido a aquel. Las diferencias son con-

y ss., quien también critica a ACCURSIUS y a BARTOLUS, insistiendo en la ineficacia de la *traditio*, explicando de una manera original la opinión de JULIANUS y la de ULPIANUS, por una aptitud especial de las cosas.

(226) Es decir, vuelve de Alemania a España. Seguramente esto explica el que, el Derecho español haya podido sustraerse en este punto a la influencia francesa, pero algo parecido sucede, también, en Prusia, Austria, Holanda y Suiza.

(227) Nos remitimos a J. GONZÁLEZ, detractor de la teoría, en este punto, quien afirma siguiendo a GÓMEZ DE LA SERNA (*Prólogo al Curso histórico-exegético del Derecho romano*, 3.^a ed., Madrid, 1863, VII), que las obras de HEINECIUS, son el texto seguido generalmente en las Universidades (*Estudios*, I, 305-306).

(228) Por todos: J. L. LACRUZ, *Notas para el estudio de la «promissio sine causa» en los Fueros de Aragón*, en «Segunda Semana de Derecho aragonés» (Jaca, 1943), ed. sep., Zaragoza, 1944.

(229) Para esto: J. L. DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, en «ADC», 19 (1966), 411-419 y *La doctrina de F. C. von Savigny*, etc., ed. sep., 28 y ss., texto y notas.

(230) Vid. mi último trabajo citado, 27-28, nota 51.

(231) «Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código civil francés. Separándose éste del Derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico, sin duda, pero más expuesto también a graves inconvenientes: el de que la propiedad se transmitiera, tanto respecto a los contrayentes como a un tercero por mero consentimiento.»

secuencia de la diversidad de métodos y, también, de la pervivencia, en nuestra tradición jurídica de otros elementos ajenos a la jurisprudencia clásica.

En el primero de los sentidos indicados, podemos señalar como aspecto más importante, la consideración trivializadora que, a veces, hace la doctrina de la *tradición* al referirla exclusivamente al paso de la posesión, llegando a materializar este elemento (232), olvidando su doble función. Esto arranca, sin duda, de la doctrina del Derecho común, por una implicación inadecuada, o más bien excesiva, entre *traditio* y *solutio*, al querer hacer funcionar a la *traditio* como si fuera siempre una *solutio* (233), en lo que incide, después la formulación de la *teoría del título y el modo*, con su idea de considerar al título como *causa precedente* (234), con lo que la tradición aparece en el lugar del *cumplimiento* de las prestaciones nacidas de una relación obligatoria y si se la refiere, exclusivamente, a la posesión, tendremos como consecuencia la descomposición de la *unidad* del acto traslativo, unidad que puede contemplarse, a pesar de la existencia de dos elementos, bien que esta unidad no haya sido objeto de *tipificación* por el ordenamiento en un sentido unívoco (235). Menos importancia tiene otro aspecto, aunque haya causado bastante confusión en la doctrina en torno al concepto de *causa traditionis*, sobre todo, al considerar la *voluntas domini* que quiere transmitir la cosa coaligada a una *iusta causa*, pues esto que tiene su origen en las vacilaciones doctrinales, en relación con la interpretación de los textos (236), puede llevar como germen a ciertas desviaciones doctrinales (237).

(232) Pero no se trata solamente de entrega de la posesión, en sentido corporal o ficticio, sino de entrega real o ficticia de la cosa transmitida que valdrá para el paso de la posesión en concepto de dueño, pero que puede dejar inalteradas otras formas de posesión, en un concepto distinto.

(233) La idea arranca de los Postglosadores, apareciendo claramente formulada en BALDUS, *Commentaria in Secundam Digesti Veteris Partem*, ed Venetiis, 1599, 16 y así en otros pasajes.

(234) Así lo había hecho, HEINECIUS, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*, 5.^a ed., Lipsia, 1740, II-1, 231 y ss.

(235) Pero tampoco lo fue por el Derecho romano clásico, aplicándose con esa doble finalidad, nos lo confirma el propio texto del art. 609 C. c.

(236) El precedente más remoto hay que encontrarle en VACARIUS, *Liber Pauperum*, ed. «Zulueta», London, 1927, 37 y ss., pero volverá a aparecer en DUARENUS y en un autor que ha influido mucho en nuestra doctrina antigua: A. VINNIUS, *In IV Libr. Institut. Imper. Commentarius Acad. et For.*, Lugduni, 1726, ad Inst., 2, 1, 40, 67. Esto explica ciertas opiniones que apunta B. GUTIÉRREZ, *Op. y vol. cit.*, 29 y ss. y, después del Código, dejando a un lado la opinión absurdamente crítica de SÁNCHEZ ROMÁN, la de F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, ed. revisada por COSSÍO y GULLÓN, I, Madrid, 1959, 407 y ss. y en esa misma línea hay que situar a los que siguen a la teoría del *Kausale dingliche Einigung*, a que antes nos hemos referido.

(237) Así, desde la admisión en nuestro Derecho del llamado *principio de consentimiento* (J. GONZALEZ, en «Estudios», I, 306 y ss.), teoría actualmente desprestigiada y con una base legal mínima que sólo tiene sentido dentro de la vida tabular (art. 82 LH.), o la admisión del *negocio abstracto* a través de la práctica documental, que aunque desarrolla su vida dentro del Derecho de obligaciones puede servir de base a un desplazamiento patrimonial.

En el segundo de los sentidos indicados, hay que tener en cuenta que, nuestro ordenamiento, responde a otros influjos absolutamente ajenos a la tradición de la jurisprudencia clásica que ha penetrado, en esta materia, según acabamos de explicar. Se trata de la fuerte influencia del Derecho romano vulgar, que se manifiesta a todo lo largo de nuestro antiguo Derecho (238) en materias tan íntimamente ligadas con el tema, como la *doble venta* de una cosa (art. 1473 C. c. (239), o la *donación manual* (que acoge el art. 609, de acuerdo con el 632-2 C. c. (240), aparte del discutido art. 464 C. c. (241) y de otras conexiones sistemáticas del tema, en relación con el sistema de la publicidad inmobiliaria y con la *causa usucapionis* (presunciones de los arts. 35 y 38, inimpugnabilidad derivada de los arts. 34 y 37 LH.) que responde a un origen y a una técnica diferente, introducida para fomentar la publicidad registral.

Pero esto no impide que se puedan separar unas cuestiones de las otras, sin necesidad de implicar *inscripción* y *causa traditionis*, o *tradición* e *inscripción* y así otras cuestiones (242), destruyendo con ello las líneas sistemáticas fundamentales de nuestro Derecho civil patrimonial. A exponer estas líneas fundamentales vamos a dedicar lo que queda del presente trabajo, tratando más que de recoger exhaustivamente la doctrina, de establecer un planteamiento y un desarrollo correcto, aunque esquemático, de las cuestiones que son de esclarecer en relación con ciertas desviaciones doctrinales.

3. LA TRADICIÓN COMO «MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD»

Cuando se trata de la *tradición* como modo de adquirir la propiedad, no puede concebirse a ésta sin su fundamento *causa traditionis* o *titu-*

(238) Incluso en las Partidas 3,28,46), al hablar de cómo pasa el señorío de la cosa vendida, el que se haga depender del pago del precio, responde a una influencia postclásica. En relación con esto, Vid. ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *La compraventa en las Partidas*, en *Centenario de la Ley del Notariado*, Secc. Prim., «Estudios Históricos», II, Madrid, 1965, 341 y ss.

(239) Una prueba de ello, se encuentra en las *Pauli Sententiae*, 5,12,4. Sobre esto, J. A. RUBIO, *Transmisión de la propiedad inmobiliaria en nuestro Derecho medieval*, en «AAMN», 7 (1953), 351 y ss.; también, M. KASER-SCHWARZ, *Interpretatio zu den Paulussentenzen*, cit., 52; E. LEVY, *West Roman Vulgar Law*, cit., 128 y ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, 201-202 y P. MEREJA, *Estudios*, 85 y ss., por lo que no se trata solamente de una copia servil del *Code civil*, como cree D. ESPIN, *La transmisión de los derechos reales en el Código civil español*, en «RDP», 1945, 349 y ss.

(240) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y el problema de su naturaleza jurídica*, en «RDP», 1971, 803 y ss.

(241) No se excluye esta posibilidad por GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho español medieval*, en «RDP», 1947, 631-632, n. 1; también, *Escodriñamiento y otorgación*, en «Centenario», cit., 127 y ss.

(242) Así se llegan a contraponer, *tradición* y *acuerdos traslativos*, por querer conciliar lo inconciliable, confundiendo desordenadamente todos los planos del planteamiento: L. DÍEZ-PICAZO, *La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español*, en «ADC», 19 (1966), 555 y ss.

lus adquirendi, ya que es la causa la que hace que la tradición sea un modo de adquirir la propiedad (art. 609 C. c.).

Bien es verdad, que no podemos hablar de la tradición como del negocio típico de la transmisión o adquisición de la propiedad y de los derechos reales, porque, en nuestro Derecho, lo mismo que en el Derecho romano clásico, no se puede decir que la tradición sea un negocio jurídico. La tradición, es un simple acto jurídico en sentido estricto (243), que constituye uno de los elementos necesarios para provocar la adquisición del dominio, en unión de la causa o título: es decir, el fenómeno no puede, ni debe observarse haciendo separación de estos dos elementos, sino que hay que considerarle como un todo. Porque no es la *causa precedente* la que da significado a la tradición, sino, propiamente, la *causa inmanente*. En este mismo sentido hemos visto desenvolverse la opinión de M. KASER, para el Derecho romano clásico, o la de nuestro FERNÁNDEZ DE RETES, cuando distingue entre causas temporales (tradición aplicada a la posesión o detentación) y causas perpetuas.

Por eso, no tiene sentido, en rigor, hablar de la tradición como de un acto *incolore*, porque o esto supone una abstracción que se hace al margen de la realidad, lo que no tiene sentido en Derecho, o se trata de un juicio incompleto, o de una etapa previa o intermedia en la formación de un juicio, que como ha de completarse, necesariamente, para saber si tal o cual tradición, según la causa que la acompañe va referida a la posesión o a la propiedad, no tiene más que un valor lógico, pero ningún valor jurídico (244). Por otra parte, esta descomposición o minimización del total fenómeno traslativo, que como ya hemos dicho, responde a un planteamiento que deriva de la doctrina del Derecho común y de la formulación que llega a hacerse dominante en la teoría del título y el modo, hace ver que la tradición, respecto de la causa o título, funciona con un cierto juego *solutorio* (245) y aunque esto viene utilizado por la doctrina sin una fuerte convicción de la que se derivan notorias e importantes consecuencias, puede prestarse a equívocos, o servir de base a ciertas desviaciones doctrinales (246) cuando no crean dificultades innecesarias, especialmente en relación con el tema de la preexistencia de la posesión en el *tradens*, o en relación con la *doble venta* de una cosa (art. 1473 C. c.), como veremos. Además que la función estrictamente *solutoria*, no conviene a la tradición, porque el *pago* es un acto jurídico *dependiente* y la tradición es, simple-

(243) En este sentido, P. BELTRÁN DE HEREDIA, *Op. cit.*, en «RDP», 1967, 103 y ss.

(244) Sin embargo, no faltan autores que pretendan extraer, de esta mera visión lógica del problema, consecuencias insospechadas, así, L. DíEZ-PICAZO, *Op. cit.*, en «ADC», 19 (1966), 561 y ss.

(245) De este modo, a pesar de su correcta exposición de nuestro sistema, R. M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1968, 73 y ss. y J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-1, Barcelona, 1971, 349.

(246) Más adelante aludiremos a esto, a propósito de la relación entre *tradición* e *inscripción*.

mente, un acto *concurrente*. Ciertamente, en la compraventa puede considerarse existe una coincidencia de ambas funciones, pero la compraventa no es el único título de adquirir. Es más, esto presenta dificultades en relación con otros títulos, o les pone en posición incómoda, es el caso de la *donación*; a lo que se suma, pues los problemas nunca andan solos, la dificultad derivada de la expresión textual del art. 609-2 C. c. que considera a la donación como modo. Sin embargo, como ya hemos demostrado en otro lugar (247), la *donación* también es *título* y, en este caso, no puede hablarse fácilmente, a diferencia de lo que sucedía en Derecho romano, de que la tradición cumpla una función propiamente solutoria. Cuando, por otra parte, la defectuosa expresión textual del precepto citado, aludiendo a la donación, se explica por qué el Código ha querido referirse aquí, a la *donación manual* o real, que se ofrece, por su carácter de *negocio al contado*, como una supervivencia del Derecho postclásico (248).

De este modo, además, al eludir una generalización innecesaria, se pueden evitar ciertas implicaciones sistemáticas, totalmente inadecuadas, que se invocan, como veremos, por los que defienden la posibilidad de la tradición *abstracta*, relacionando *tradición* y *pago de lo indebido* (arts. 1895 y ss. C. c.) donde late, también, en esta doctrina, una implicación inadecuada, por tomar equivocadamente un planteamiento paralelo a esta cuestión, del Derecho romano y del Derecho alemán.

4. LA CAUSA DE LA TRADICIÓN

En nuestro Derecho, lo mismo que en el Derecho romano clásico, la tradición ha de ser *causal* (art. 609 C. c.), siendo éste uno de los principios más claramente formulados en nuestro ordenamiento, a pesar de lo que pueda parecer de relacionar esta materia con el sistema de la Ley Hipotecaria (249).

Causa de la tradición, es el fundamento *material* de la misma, el «mínimo ético» para que se produzcan los efectos jurídicos de que hablaban los autores del Derecho natural, por eso no puede descansar en el simple *animus transferendi et acquirendi dominii*, sino en «ciertos contratos» de finalidad traslativa, como viene a decir el art. 609 C. c., según entiende de forma casi unánime la doctrina. La *causa*, pues, son tales *relaciones jurídicas* y para nada hace falta que se exprese, además, la intención de las partes manifestando su voluntad de enajenar y adquirir, pues la voluntad de las partes se expresa, en Derecho, a través

(247) J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en «RDP», 1971, 803 y ss.

(248) Paradójicamente, es precisamente en este juego de la donación manual, donde la *traditio* alcanza cierto significado solutorio cuando juega frente a la acción de devolución del pago de lo indebido (art. 1901 C. c.).

(249) Ya hemos aludido anteriormente al cuidado que tuvo la Ley Hipotecaria de 1861, para atenerse en esta materia, rigurosamente, a nuestra específica tradición jurídica, la cual se ha mantenido en las sucesivas reformas posteriores, a pesar de que por un momento y dado el eco que en la doctrina tenían algunos conceptos tomados del Derecho comparado pudo parecer otra cosa. Así, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, 3-1, 344.

de esas formas jurídicas que constituyen las *causae traditionis*, el considerar, como hacen algunos autores, que es preciso la expresión de esa intención, acompañando a la causa en sentido *objetivo*, o responde a una particular manera de interpretar la tradición romanista (250), o depende de ciertas formas de estilo notarial, que no son rigurosamente necesarias (251), cuando no van orientadas hacia otras miras (252). Ahora bien, esto no impide como consecuencia de la admisión de *causas atípicas*, en nuestro Derecho que, las partes, a la hora de configurar el título, bien por atenerse a una causa atípica, bien por incrustar en un negocio típico cláusulas que, a veces, son verdaderos negocios y con la finalidad de reforzar o aclarar el contenido y los efectos del negocio que establecen puedan llevar a cabo las manifestaciones que consideren oportunas, aunque la apreciación de la *causa traditionis* dependerá más de aquellos factores que de la mera expresión de la intención de las partes (253), pues el efecto traslativo de la tradición no depende del consentimiento de las partes, sino de la existencia efectiva del *contrato traslativo* que la acompaña.

Lo que no puede admitirse, en nuestro ordenamiento, por más argumentos que se invoquen de Derecho comparado y por más argucias técnicas que se utilicen, es el *negocio abstracto*, pues la tradición siempre ha de ser *causal* y, por tanto, la falta o invalidez de la *causa traditionis* impedirá que la transmisión se produzca en nuestro sistema (254).

Sin embargo, no han faltado en la doctrina española, autores del prestigio de JERÓNIMO GONZÁLEZ (255), NÚÑEZ LAGOS (256) y, en cierto modo, CASTÁN (257), aparte de otros (258), que hayan defendido su posibilidad. Pero aunque de esta cuestión ya me he ocupado, en otro lugar (259) voy a recoger aquí algunos de los argumentos utiliza-

(250) En este sentido los autores acogen la doctrina del *Kausale dingliche Einigung*.

(251) Así, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 73 y ss., sin que tenga una mayor trascendencia, ya que entiende que esa intención se manifiesta a través del título elegido y que en definitiva su expresión dada añade para configurar.

(252) Sin embargo, en NÚÑEZ LAGOS, el planteamiento va orientado hacia otras metas, así en *Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria*, en «RDN», 1962, 137 y ss.

(253) En sentido parecido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 86-87.

(254) Como dice el propio ROCA SASTRE, «la adopción por nuestro Código civil de la teoría del título y el modo impone esta inadaptabilidad del acuerdo real *abstracto* alemán, aún prescindiendo de que la inscripción de los negocios jurídicos dispositivo tenga valor constitutivo. Sin reformar adecuadamente nuestro Código, en el sentido de abstraer la causa de nuestros títulos de transmisión, no cabe que los interesados configuren un negocio jurídico de disposición de tipo *abstracto*, porque esto no lo permite el Código civil.

(255) *Op. cit.*, en «Estudios», I, 307 y ss.

(256) Aparte de otros trabajos ya citados: *Cobro de lo indebido y enriquecimiento sin causa*, en «Mucius Scaevola», XXX-2, Madrid, 1961, 638 y ss.

(257) *Derecho civil español, común y foral*, IV, 9.ª ed., Madrid 1961, 787 y ss.

(258) Así, C. DE DIEGO, PÉREZ GONZÁLEZ, ALGUER (Vid. mi trabajo citado, en «ADC», 19 (1966), 370 y ss.).

(259) *Op. cit.*, en «ADC», 19 (1966), 369 y ss.

dos por esa doctrina, para al rebatirles dejar esclarecido el alcance de nuestro *principio de causalidad* en la materia, que es algo más que un principio, pues, funciona y actúa como una *norma* de Derecho estricto, contenida en el art. 609 C. c.

Hay dos argumentos que, en esta doctrina que criticamos se hallan íntimamente vinculados entre sí: tomar como base el art. 1277 C. c., que habla de la *presunción de causa* en el contrato para extenderle por expansión a este campo, y, apoyarse para la admisión del negocio abstracto en el principio de la *autonomía de la voluntad* (art. 1255 C. c.): pero ambos argumentos carecen de fundamento y deben ser rechazados, como ha acabado por hacerlo la jurisprudencia (260). El primero de ellos, se encuentra falto de fundamento, porque el art. 1277, se refiere al juego del negocio obligacional, exclusivamente, hallándose en conexión con el problema del *reconocimiento de deuda* y de la *confesión extrajudicial*, de donde no puede trasladarse, lícitamente, al campo de la *causa traditionis*, ya que se refiere a la efectividad de un negocio obligacional, estableciendo una mera *presunción de causa* que, únicamente juega en el ámbito procesal (la llamada *abstracción procesal*), pero, además, hay que tener en cuenta, por ello mismo, que en nuestro Derecho, a falta de precepto expreso que lo establezca, el reconocimiento de deuda y la confesión extrajudicial, han de ser *causales* y no *abstractos*, lo que se halla de acuerdo con nuestra tradición jurídica, distinta en este punto, también, a la de otros Derechos europeos (261), como se revela en nuestras antiguas fuentes (262) y en el estado de la doctrina antigua (263), aparte de que, esta cuestión, se ofrece como una clara *repercusión sistemática* de la exigencia de la tradición causal (264), y, por si fuera poco, de acuerdo con la incontestable configuración institucional, básica de nuestro Derecho de obligaciones, que exige, para el reconocimiento de las nacidas de contrato, la existencia de la causa (art. 1261 C. c.). «Por tanto, en nuestro Derecho —como acertadamente dice PUIG BRUTAU— si alguien pretendiese retener una cosa recibida sin título bastante, pero a consecuencia de un acuerdo de voluntades por el que alguien acordase transmitir la propiedad de una cosa y otro admitiese recibirla, no podría fundarse con solidez en dicho artículo 1277, del que sólo podría obtener una protección provisional, pero que, una vez demostrada que su adquisición no responde a ninguna causa efectiva, le dejaría convertido en un mero detentador,

(260) S. de 30 de junio de 1962, también, SS. de 18 de febrero de 1965 y 3 de junio de 1969, aunque estas dos últimas indirectamente.

(261) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Negocio abstracto y reconocimiento de deuda*, cit., 411 y ss.

(262) Así, claramente, lo acreditan las *Partidas* (5,1,9; 3,13,7).

(263) Baste recordar aquí la autorizada opinión de D. COVARRUBIAS, sobre el pretendido alcance traslativo de la escritura, rechazando la opinión de BALDUS, de acuerdo con gran parte de la doctrina antigua y con apoyo en las *Partidas* (5,4,7): *Variarum resolutionum*, lib. I, cap. XIV, 87 y ss.

(264) Para esto: J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en «ADC», 19 (1966), 372 y ss.

sometido a la acción reivindicatoria de quien le entregó la cosa» (265).

El argumento de basar el negocio abstracto en la *autonomía privada* de las partes, íntimamente relacionado con el anterior tiene todavía menos consistencia, porque la medida de ese reconocimiento, es precisamente el establecimiento, en materia de negocio jurídico de la *causa-requisito* (art. 1.261-3 C. c.), de forma que cómo no es posible, en nuestro ordenamiento, el establecimiento de negocios abstractos, salvo que una disposición expresa configure, como tal, un determinado negocio, estableciendo una *tipicidad legal* que derogue el normal sistema de *tipicidad causal* (266), resulta obvio que un negocio abstracto no puede servir, a su vez, para configurar la *causa traditionis*, que exige el artículo 609-2 C. c. Además que, cuando éste precepto alude a «*ciertos contratos*» está pensando, en los que entendía por tal la teoría del título y el modo, bien sean negocios típicos o atípicos (267), por otra parte, en nuestro Derecho, como en el Derecho romano, el concepto de *titulus adquirendi*, en la tradición, se integra con ayuda del concepto de título en la prescripción adquisitiva (268) y ya hemos visto que un negocio abstracto no puede fundar el título o causa de adquirir.

Una derivación de esta doctrina, es la cuestión del valor que ha de darse al llamado *principio de consentimiento*, al relacionar título e inscripción, lo que ha sido desorbitado en alguna ocasión por la doctrina (269). Como es sabido, el *sistema de publicidad registral* deja a salvo el *sistema de adquisición del dominio*, salvo algunas tangencias que se establecen, indirectamente, como consecuencia de la protección dispensada al tercer adquirente de buena fe (esfera del art. 34 L. H.). Si esto es así, el llamado *principio de consentimiento* no puede formar parte del proceso de adquisición del derecho, a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán (270), su

(265) *Fundamentos*, 3-1, 349; y de acuerdo la doctrina dominante, así el propio CASTÁN, *Derecho civil*, cit., II-1, Madrid, 1964, 205; D. ESPÍN, *Derecho civil español*, II, Madrid, 1968, 123; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 88 y ss.; J. L. LACRUZ, *Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1968, 145, etc.

(266) En relación con esto, también, J. L. DE LOS MOZOS, *Causa y tipo en la teoría general del negocio jurídico*, en «RDP», 1970, 739 y ss.

(267) No hay que olvidar que, en nuestro Derecho, la *tipicidad es causal*, normalmente, esto hace que tanto los negocios típicos como los atípicos, requieran una *causa*; la de los negocios típicos viene constituida por la *función económico social* que ha tenido en cuenta el ordenamiento, la de los negocios atípicos se enuncia en el art. 1274 C. c., pero no puede faltar, debiendo en este caso modelar las partes el negocio observando tal precepto y de acuerdo con la finalidad traslativa del mismo. Lo que pasa es que, en este punto, la doctrina, por una relativización del concepto de causa ha confundido los términos del planteamiento.

(268) Art. 1952 C. c.

(269) Así, J. GONZÁLEZ, *Op. cit.*, en «Estudios», I, 307 y ss.

(270) Una crítica certera de esa desviación doctrinal con utilización adecuada del Derecho comparado, hace ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 83 y ss. Por otra parte, concluye su exposición diciendo que no es ninguna desgracia que en nuestro sistema de adquisición inmobiliaria no tenga cabida el acto abstracto, que respondió, en la mente de SAVIGNY, y de sus seguidores, al fin de proteger a los terceros adquirentes, los cuales, hallan protección, por otra vía, a través de la fe

juego se manifiesta, únicamente, en el campo de la vida tabular de los derechos y de las situaciones jurídicas publicadas por el Registro, como sucede en materia de cancelaciones (art. 82 L. H.), o con un alcance parecido, en el caso de la hipoteca constituida por la voluntad unilateral del dueño de la cosa (art. 138 L. H.), o en fin si se quiere en relación con el procedimiento hipotecario, pero de esto no se puede derivar, con fuerza de argumento expansivo (271), un apoyo en favor de una mayor o menor *abstracción causal*. No sólo iría en contra de las razones anteriormente invocadas, sino también del propio artículo 2.º L. H., cuando dispone que en el Registro se inscribirán títulos traslativos o declarativos, del dominio, o en los que se constituyan, modifiquen, etc., derechos reales sobre bienes inmuebles.

Sin embargo, como cuestión vinculada a la anterior, se ha planteado si es inscribible, en nuestro Registro, un acuerdo traslativo que haga abstracción de la causa, opinando LACRUZ en sentido favorable (272), pero esto no se ajusta, a la mínima congruencia que, también en este punto, debe observar el Registro en relación con la realidad, ni se halla de acuerdo, tampoco, con el carácter de nuestro Registro que publica derechos, a través de los títulos que a él tienen acceso. En este sentido ha podido decir ROCA SASTRE que en el supuesto de presentarse algún título que no exprese la causa, «no sería susceptible de inscripción, pues el *título inscribible* en nuestro sistema, cuando el acto que contiene es de transmisión o implica una mutación jurídico-real o desplazamiento patrimonial sujeto a los artículos 609-2 y 1.095, debe expresar el *contrato de finalidad traslativa* y, de acuerdo con el artículo 1.462-2, todos del Código civil, de la misma escritura ha de resultar a no ser deducible que las partes contratantes no quieren que el otorgamiento mismo de la escritura equivalga a la tradición» (273).

El último de los argumentos utilizados por la desviación doctrinal que comentamos, es el que partiendo de la posibilidad del negocio abstracto, se basa en el juego de la *condictio sine causa*, que recuerda las equivocadas interpretaciones romanistas sobre la famosa antinomia,

pública registral. Hallándose, por otra parte, desprestigiado, como ya hemos dicho, el principio de abstracción en Alemania, amparado única y exclusivamente por una disposición especial de su ordenamiento positivo, visiblemente alejada de su fundamento natural. Habiendo de citar, en este sentido, aparte de las opiniones ya expuestas, la de LARENZ (*Teoría general de las obligaciones*, II, trad. esp., Madrid, 1958, 34 y ss.), o la de RAISER (—WOLFF, *Derecho de cosas*, 3.ª ed. esp., Barcelona, 1971, I, 224-225), coincidentes en que es innecesaria la abstracción para la protección de los terceros.

(271) Se apoyaba esa doctrina en la R. de 31 de julio de 1928, y en una S. de 14 de enero de 1935, a cuyo limitado alcance ya nos hemos referido en otro lugar (en «ADC», 19 (1966), 419 y ss.) pero tienen en contra las RR. de 11 de febrero de 1931 y 12 de febrero de 1958 y la S. de 30 de junio de 1962.

(272) *Derecho inmobiliario*, cit., 145-146.

(273) *Derecho hipotecario*, II, 97. La R. de 31 de julio de 1928, sostenía lo contrario, pero las posteriores citadas en la nota anterior, se inclinan por la necesidad de la expresión de causa jurídica de la transferencia. También las RR. de 12 de marzo de 1930 y 19 de septiembre de 1927.

entre JULIANUS (D, 41,1,36) y ULPIANUS (D, 12,1,18), donde a pesar del *dissensus in causa* la propiedad se transmite y para remediar ésta situación se concede la *condictio* de *indebitum solutum*, aunque la cuestión se lleva más bien a la *condictio sine causa* del Derecho alemán, con lo que se pretende el mismo alcance, pero se guardan las apariencias con la necesidad de la causa, que sin embargo despliega su eficacia fuera del alcance traslativo del negocio de atribución patrimonial, lo que es lógico cuando se trata, como en aquel ordenamiento, no de *causa civilis*, sino de *causa naturalis*. El apoyo para esta teoría pretende hallarse en el principio de que nuestro ordenamiento rechaza todo *enriquecimiento sin causa*, lo que especialmente recoge nuestro Código civil, a propósito del *pago de lo indebido* (274).

Pero a pesar de que este planteamiento tenga tantas resonancias, algunas de ellas equivocadas al tomar por verdadera una interpretación incorrecta del Derecho romano (275), como hemos visto anteriormente; otras, forzando la interpretación comparatista en relación con el Derecho alemán, la cuestión se resuelve sin grandes dificultades. Sin embargo, no deja de ser interesante éste planteamiento al poner en relación *tradición y pago* y *tradición y condictio*.

La solución correcta es la siguiente: aún en aquellos casos en que la *causa traditionis* toma las formas de la *causa solvendi*, lo que tiene lugar no sólo en el *pago*, sino también en otros negocios en que la tradición asume una cierta función de *cumplimiento* (en la donación, en la dote y hasta en la entrega de la cosa vendida), la tradición tiene que basarse en un *negocio válido*, o en un *acto debido* (caso del pago en sentido estricto) que nace de un negocio igualmente válido. Entonces, como la tradición es necesariamente *causal*, la entrega o el pago, no producen la transmisión de la propiedad de la cosa y el *tradens* conserva la acción reivindicatoria. Esta situación era esencialmente la misma, en el Derecho romano, pero según una interpretación equivocada que aranca de un texto atribuido a JULIANUS (D,41,1,36), se considera la transmisión como abstracta y aunque no haya acuerdo sobre la causa, se transmite la propiedad, por lo que se le concede al *tradens* la *condictio indebiti*. Esta interpretación equivocada del Derecho romano, por influencia del pandectismo ha cristalizado en el Derecho alemán, donde al no formar parte la *causa* del negocio de atribución, salvo en el juego *inter partes*, cuando tiene lugar un desplazamiento patrimonial sin causa, se concede al *tradens*, la *condictio sine causa*, que sólo tiene un alcance meramente indemnizatorio. Ahora bien, como en el Derecho español, se contempla a propósito del *enriquecimiento sin causa* una acción, parecida en cuanto a su fundamento re-

(274) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 92 y ss.

(275) Esto ha de entenderse en relación con la *traditio*, pues fuera de este campo la existencia de negocios formales, en los cuales la abstracción podía derivar de la inherencia a tales negocios (*mancipatio*, *in iure cessio*, *acceptilatio*, no así, según hemos visto en relación con la *stipulatio*, según la autorizada opinión de KASER, al menos en relación con la *traditio*), concedía una indudable relevancia a la *condictio*.

moto a las anteriores, pero técnicamente totalmente distinta, comprendiendo dentro de ella a la *condictio indebiti* (arts. 1.895 y ss. C. c.), la tendencia doctrinal que criticamos, inmediatamente piensa en la analogía de las situaciones para defender la admisión del negocio abstracto. Pero ya hemos dicho cuáles son las consecuencias de la exigencia de la tradición causal (276), de forma que ni en la tradición, ni en el pago, se produce la transmisión de la propiedad, lo que pasa es que además, el *tradens* goza de la *condictio indebiti* que en nuestro Derecho consiste en una acción personal y directa para recobrar la posesión (277). Remedio procesal que nada tiene que ver con la *condictio* del Derecho romano, ni tampoco con la contemplada en el Derecho alemán (278).

Sin embargo, existen algunas atenuaciones de esta disciplina, en relación con el *pago* que engarzan, perfectamente, dentro del sistema: así en el caso del artículo 1.160 C. c., de indudable sabor romanista (279), que establece que cuando aquél no haya sido bien hecho (por falta de capacidad o libre disposición del que le realiza), si consiste en una cantidad de dinero o cosa fungible (creo que hay que entender *cosa consumible*, según la *ratio* del precepto), no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe. Resolviéndose esta cuestión en términos parecidos a la opinión de ULPIANUS (D,12,1,18), en favor de la *consumptio* y no de acuerdo con los principios que dominan en materia de *traditio*. Pero fuera de este caso, en que se contemplan las consecuencias de un pago *debido* (basado en un negocio válido y, por tanto *causal*) aunque mal realizado, es discutible que se pueda generalizar la prevalencia de la disciplina de la *consumptio*, sobre la aplicable a la *traditio*, especialmente con base en el artículo 1.262-1 C. c., que excluye la aplicación de esa doctrina, en términos generales y salvo que, en apoyo de la solución contraria, se pueda invocar el artículo 1.901 C. c. como expresión del *dissensus in causa*, análogamente a como se hace en torno a la doctrina del D,12,1,18. Pero esta interpretación no parece probable. Además, para esta interpretación restrictiva de la prevalencia de la *consumptio* (280), nos basamos en que el artículo 1.895 C. c. en relación con el propio ar-

(276) Tampoco el *dissensus in causa*, es posible en Derecho español, como lo prueba el art. 1262-1 C. c., con independencia del error sobre la causa (ex art. 1266), que tiene su paralelismo en materia de pago o cobro de lo indebido, en los arts. 1895 y 1901 C. c.

(277) Por todos: ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 92 y ss.; LACRUZ, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957, 171.

(278) Así, dice ROCA SASTRE, que salvo en los casos en que actúe una adquisición *a non domino*, que impida al *tradens* reivindicar, puede hacerlo o ejercitar la acción personal, cuando ninguna de las dos cosas sea posible funcionará la acción de enriquecimiento sin causa, basada en este principio general, como ha reconocido la jurisprudencia (SS. de 28 de enero de 1956 y 27 de marzo de 1958), *Ibid.*, 95.

(279) Nos remitimos a lo anteriormente expuesto. De acuerdo, ROCA SASTRE, siguiendo a U. ALVAREZ, *Derecho hipotecario*, II, 94, texto y notas.

(280) En sentido contrario, parece orientarse ROCA SASTRE, *Ibid.*

título 1.901, establece una disciplina general, según la cual, el adquirente sin causa debe devolver lo recibido o entregado, de forma que existe una *incompatibilidad entre falta de causa y protección a la buena fe* (281), salvo en el caso excepcional del artículo 1.899 C. c., cuyo fundamento nada tiene que ver con esta cuestión. Por otra parte, esta disciplina, delimita, también, la esfera de actuación del artículo 464 C. c., que no puede considerarse con eficacia *inter partes*, lo mismo que sucede con el artículo 34 LH. y, por tanto, aunque faciliten la posible adquisición *a non domino*, no por eso suponen, como es sabido, abstracción de la causa.

5. NECESIDAD DE LA TRADICIÓN

En el sistema español, lo mismo que no puede prescindirse del *título* o *causa traditionis*, tampoco puede prescindirse del *modo*, que consiste en la entrega de la cosa. Ahora bien, de la tradición no puede tenerse un concepto exclusivamente físico o material, como lo prueba el reconocimiento por el propio ordenamiento de las distintas *clases de tradición* (arts. 1.462 y ss. C. c.), pero esto tampoco supone desconocer su exigencia, pues los términos de los artículos 609 y 1.095 C. c., son terminantes.

Por eso, podemos decir que, en el Derecho moderno, la tradición deja de ser un *concepto material* o natural, que se compagina, únicamente, con su función como modo de adquirir conforme al Derecho natural, lo que pudo tener un significado preciso en el Derecho romano primitivo cuando la institución se desenvolvía, *de iure gentium*, y que pasa a ser, desde su recepción en el campo del *ius civile*, un *concepto jurídico*, que comprende tanto el concepto natural, como a las ficciones del mismo que ha ido elaborando la técnica jurídica (282). Pero esto nunca puede llevarnos a pensar que es lícito sustituir la *tradición*, por los *acuerdos traslativos* (283), ya que éstos únicamente podrán ser invocados legítimamente, cuando impliquen una forma permitida de tradición (argumento *ex art.* 1.463 C. c.) (284). Otra cosa es que la cuestión pueda discutirse de *lege ferenda* (285).

(281) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, 212 y ss.

(282) En este sentido, por todos, muy agudamente, J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-1, 340.

(283) Como pretende L. Díez-PICAZO, *Op. y loc. cit.*

(284) En este sentido, en forma clara y terminante, se manifiesta la S. de 30 de junio de 1962 y, posteriormente, la S. de 7 de febrero de 1964, resolviendo una interesante situación de Derecho transitorio, en materia de aplicación del artículo 1413 C. c.

(285) La idea de que el principio de la tradición se halla ya superado y que no responde más que a un atavismo del Derecho de cosas, como entiende T. Süss, *Das Traditionsprinzip - Ein Atavismus des Sachenrecht*, en *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, 1952, 141 y ss., ni siquiera me parece interesante, pues la tradición sigue cumpliendo una función indispensable, como tradición corporal o fingida, en materia de bienes muebles y lo mismo resulta en relación con los inmuebles cuando no existe un sistema de publicidad registral que, como el nues-

En relación con esto, la cuestión más importante, pues aquí no vamos a ocuparnos de las distintas clases de tradición, sino simplemente a tenerlas presentes, es el problema en torno a la valoración de la *preexistencia de la posesión en el tradens*, para que la tradición pueda considerarse válidamente efectuada.

Según el criterio legal que cabe deducir del artículo 1.462-1 C. c., la tradición consiste en la puesta *en poder y posesión* del *accipiens* de la cosa objeto de la transmisión y, naturalmente, esto supone que el *tradens* se halle en posesión de aquélla. Ahora bien, en ninguna parte se dice que esta puesta *en poder y posesión* haya de ser material o corporal, como se deduce de la admisión de la *tradición instrumental* y de la presunción que el artículo 1.462-2 C. c. establece, en su favor, de verdadera y propia tradición (286). Con esto, queremos decir, que el concepto de tradición hay que desligarle de su significado natural y, por ello, ha de compaginarse con los distintos *conceptos y grados* de la posesión; de este modo, el que posee *en concepto de dueño*, aunque no tenga la posesión corporal de la cosa (287) cumple con el requisito de la *preexistencia de la posesión*, porque a los efectos de la tradición se puede decir que se halla *en la posesión* efectiva de la cosa, lo que se compagina, por otra parte, con la actuación de la *tradición instrumental*. Esto ha sido aclarado, con bastante exactitud por la S. de 30 de septiembre de 1964 (288).

Parece que este planteamiento es el más correcto y el más sencillo conforme a nuestro sistema y desde él se pueden resolver, con cierta facilidad, todas las cuestiones concretas que se han planteado en la doctrina, en las que aparece una desviación respecto de tales términos,

tro, ofrezca las garantías necesarias, prueba de ello es la experiencia a que se ha llegado, entre nosotros, con la implantación del régimen de concentración parcelaria. Con fundamentos de peso defienden esta misma postura, DÍEZ PASTOR y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en Notas a HEDEMANN, *Derechos reales*, trad. esp., Madrid, 1952, II, 38).

(286) La jurisprudencia sobre este precepto es muy numerosa, pero no siempre se resuelven las cuestiones utilizando el juego lógico de los conceptos que maneja, para esto PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-1, 352 y ss.

(287) P. ej., cuando el poseedor en concepto de dueño o el propietario no tienen la posesión inmediata de la cosa, por hallarse constituido sobre ella algún derecho real o personal que implique para su titular una posesión de esa naturaleza, de acuerdo con la voluntad del dueño, y en contra de ella, siempre que no se haya consumado la usucapion o se den las circunstancias de los arts. 34 LH. o del art. 464 C. c., para inmuebles y muebles, respectivamente, en cuyo caso el *tradens* ya no tiene la *posesión efectiva*, pudiendo, además, no ser ya propietario.

(288) En la que se plantea la posibilidad de la existencia de dos posesiones, como en el segundo de los supuestos contemplados en la nota anterior, ya que el propietario no pierde la posesión de su derecho de propiedad aunque materialmente posea la cosa. Pero, además, aclara que el juego de la presunción *iuris tantum* del art. 1462-2 C. c., en relación con la *tradición instrumental*, sólo es *rebatible* por lo que resulte o se deduzca de la misma escritura, según establecieron ya las SS. de 25 de abril de 1949 y de 22 de marzo de 1952, de acuerdo también con el propio texto legal citado, concluyendo que como el vendedor tenía la posesión mediata, aunque la inmediata perteneciera a otra persona (el demandado), pudo efectivamente realizar la tradición instrumental.

debida a un desenfoque de los problemas, que implica siempre un planteamiento inadecuado. Así, cuando se desorbita la cuestión al poner en relación *tradición* e *inscripción* (289), o cuando se desbordan los términos del planteamiento relacionando la cuestión con el fundamento mismo de la tradición (290).

En cuanto a la relación entre *tradición* e *inscripción*, parece evidente y fuera de toda duda que, la Ley Hipotecaria, ha respetado, también en este punto, el sistema adquisitivo de la propiedad y de los derechos reales vigente en el momento de su promulgación y que, por tanto, no es que a la inscripción no le interese la tradición, como dice SANZ FERNÁNDEZ (291), seguido por LACRUZ (292), sino que tradición e inscripción, son, en otro sentido distinto, términos de valoraciones diferentes, en el sentido de que no pueden intercambiarse, ni contraponerse, por pertenecer a órdenes distintos, pero sin que por ello se pueda decir, como entienden estos autores, que sean entre sí diferentes. De este modo, ni la *inscripción* puede sustituir a la *tradición*, como entienden otros autores (293), salvo en los casos excepcionalmente admitidos (294), porque para adquirir el derecho real la tradición es indispensable. Ni es indiferente a la *inscripción* y a los efectos que de ella se derivan, la *tradición*, porque, normalmente, la inscripción presupone la *tradición*, bien sea real o fingida (295), como tampoco es indiferente a la *tradición* la *inscripción*, ya que ésta la facilita, en relación con el requisito de la *preexistencia* de la posesión, en virtud de la presunción posesoria que establece el artículo 38-1 LH., en favor del titular inscrito del dominio.

La *presunción de posesión* es una consecuencia del sistema de pu-

(289) Una relación completa de las diversas opiniones y con certeras observaciones críticas, puede encontrarse en ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 238 y ss.

(290) A esto ya hemos aludido anteriormente, aunque por este camino la desviación doctrinal tenga numerosos matices, bien por considerar a la tradición como un acto dependiente, bien por centrar el modo transmisivo en la concorde voluntad de las partes.

(291) *Instituciones de Derecho hipotecario*, I, Madrid, 1947, 247 y ss.

(292) *Derecho inmobiliario*, cit., 140 y ss.

(293) La confusión arranca de J. GONZÁLEZ, *Estudios*, I, 370, produciendo después diversas derivaciones doctrinales que por su falta de rigor no merecen comentario, para su exposición y crítica: Vid. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 243 y ss.

(294) El único caso claro es el de la hipoteca, en lo que es casi unánime y concorde la mejor doctrina: NÚÑEZ LAGOS, *El Registro de la Propiedad español*, en «RCDI», 1949, 150 y ss.; VALLET, *Estudios sobre Derecho de cosas y garantías reales*, Barcelona, 1962, 205 y ss.; ALVAREZ SUÁREZ, *Op. cit.*, 129 y ss. y lo mismo hallaremos entre los tratadistas generales: CASTÁN, *Derecho civil*, II-1, 236; ESPÍN, *Manual*, II, 126; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-1, 340 y ss., etc. La cuestión por otra parte, de si en materia de *bienes incorporales* se sustituye la tradición por la inscripción, como ha defendido A. BALLARÍN, en «ADC», 2 (1949): 681 y ss., carece de todo fundamento pues el art. 1464 C. c. no establece ninguna distinción, por ello hay que entender que debe operarse en tales casos, la *quasi-traditio*. De la misma opinión: ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 240 y II, 73 y allí otras referencias.

(295) Así, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 248-249.

blicidad inmobiliaria, lo que no tiene nada de anómalo, aunque en ocasiones pueda ir en contra de la realidad extrarregistral, pero esto no es más que una consecuencia necesaria de la imperfección de nuestro sistema y que habrá que evitar, en la medida de lo posible, acudiendo a los cauces que el propio ordenamiento establece, pero no tratando de encasillar el planteamiento en unos conceptos que no se correspondan con el juego verdadero de los preceptos jurídicos.

Entonces, si recordamos que la tradición no responde a un concepto natural, sino que ha decantado en un puro concepto técnico-jurídico, la valoración de la *preexistencia de la posesión* habrá que hacerla, únicamente, desde esta perspectiva, aunque atendiendo, también, en cada caso, a los intereses en juego.

El criterio de fidelidad a los conceptos normativos, viene establecido y aceptado, en relación con el tema de la *tradición instrumental*, cuando el artículo 1.462-2 C. c. establece, a su favor, la presunción *iuris tantum* de verdadera tradición. Entonces, parece lógico que si admitimos el juego de la presunción en este punto, es decir, en relación con la creación de una *ficción legal*, que es en lo que consiste la tradición instrumental, no tenemos por qué rechazar el juego de la presunción del artículo 38-1 LH., en relación con el efecto derivado de la *publicidad* y de la *buena fe*.

En este sentido, cabe distinguir dos situaciones distintas. Una simple actuación de la presunción del artículo 38-1 LH. en el supuesto de que el adquirente del titular inscrito *no sea tercero hipotecario*, protegido por el artículo 34-1 LH., así en el caso del adquirente a título gratuito, o cuando carezca de buena fe, en que las cosas varían muy poco respecto del desenvolvimiento de la cuestión en el mundo extrarregistral, es decir, cuando el *tradens* no sea titular inscrito (296). Y otra, en la que la presunción del artículo 38-1, sirve de presupuesto o facilita la legitimación del *tradens* en beneficio exclusivo del *accipiens*, por la fuerza del artículo 34-1 LH. Entonces, cabe pensar que esa legitimación del *tradens* se extiende necesariamente, pues no cabe otra interpretación coherente, al requisito de la *preexistencia de la posesión*, lo que no tiene otras excepciones que las que se derivan de lo dispuesto en el artículo 36-1, *a*) y *b*) LH (297) y que sirve de

(296) Lo mismo da que se acumule, a la presunción del art. 38, la del artículo 1462-2 C. c., o viceversa, pues siempre cabe la prueba de la *posesión efectiva* en contrario. Confirma este criterio el art. 36-2 LH., al disponer que la prescripción perjudica al titular inscrito si no la interrumpe.

(297) Es decir, salvo que el adquirente conozca o consienta la posesión *ad usucapionem* en persona distinta de su transmitente, antes de perfeccionar su adquisición, o durante todo el año siguiente a la misma y siempre que la usucapion pueda consumarse dentro del año siguiente a la adquisición, o haya sido consumada. Este conocimiento no tiene que ver con la buena fe exigida al adquirente para que goce de la protección del art. 34, pues la buena fe ha de referirse al título y no a la posesión, ya que el verdadero titular de un derecho puede hallarse desposeído. Por eso tiene razón VALLET cuando relaciona el art. 36 LH. con el 460-4.º C. c., porque lo que resuelve aquel artículo es un conflicto de posesiones, a través del cual puede llegar a dirimirse el dominio. Vid. VALLET, *Estudios*, 223 y ss.,

comprobación a este planteamiento. De modo que, en las circunstancias del artículo 34-1 LH. hay que entender, salvo el juego de las excepciones indicadas, que a efectos de la *tradición* (que se actúa normalmente y, más aún en este caso, al amparo de la presunción del artículo 1.462-2 C. c.) en relación con el tercer adquirente protegido por el artículo 34-1 LH (frente al que no cabe prueba en contrario), que el *tradens* tiene también la posesión efectiva (298).

Todo esto se explica porque, como es sabido, la norma del artículo 34 LH. al proteger al tercer adquirente de buena fe, establece, en beneficio del tráfico un régimen excepcional, por el cual se puede llegar a la adquisición *a non domino*, no teniendo nada de extraño que la posesión efectiva extrarregistral, en concepto de dueño, quede supeditada a tal finalidad corriendo la misma suerte del dominio, salvo en la excepciones que establece el artículo 36 LH, a que antes hemos aludido.

Fuera de este caso, la tradición siempre tiene lugar *a domino*, como consecuencia de ser un *modo derivativo* de adquirir, al que es aplicable el principio *nemo dat quod non habet*. Ahora bien, para que pueda llevarse a cabo la tradición legítimamente, no es preciso que el *tradens* sea propietario de la cosa hasta el momento de efectuar la tradición y, por ello, fundándose la tradición en una *iusta causa o título* a la hora de configurar éste cabe que el *transmitente* todavía no sea propietario de la cosa, lo mismo que es posible la *venta de cosa ajena* (299), bastando que el vendedor sea propietario en el momento de la entrega (300).

Volviendo a la relación entre *tradición* e *inscripción*, hay que insistir en que la implantación del sistema hipotecario en nada ha modificado la situación anterior, respetándose plenamente la *doctrina del título y el modo*, aunque las reformas sucesivas de la Ley Hipotecaria hayan ido perfeccionando el sistema registral (p. ej., presunción del art. 38) o concordando aquélla con el Código civil, pero sin que aquellas reformas hayan introducido una modificación sustancial (301), pues la presunción del artículo 38 se halla en la misma línea de la establecida por el artículo 1.462 C. c. Y como la *inscripción* supone la *tradición*, tanto en el terreno de los principios como en la práctica, al menos normalmente (302), no hay por qué disociar los

aunque este autor no cree que el art. 34 puede suplir el requisito de la posesión previa en el enajenante, por estimar que esto se contradice con el art. 36, precisamente el art. 36 prueba todo lo contrario.

(298) De acuerdo, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 257-258. En contra LACRUZ, *Derecho inmobiliario*, 141-142.

(299) Paralelamente a ello se observa que el vendedor sólo está obligado a entregar la posesión de la cosa vendida (*vacuam possessionem tradere*) y no a *transferir su dominio* (arts. 1445, 1461 y 1462 C. c.).

(300) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, 76-77.

(301) Así, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 248 y ss., en contra, LACRUZ, *Derecho inmobiliario*, 142.

(302) Esto no obsta, para nada el régimen excepcional (más por su planteamiento que por la relación concreta con el tema), que establece el art. 9 RH

efectos de una y otra, cada uno en su esfera, y en la medida en que se complementan o influyen.

Tampoco hay que pensar, con base en una interpretación un tanto subjetiva de la exposición de motivos de la primitiva Ley Hipotecaria (303) y a propósito del caso límite de la *doble venta de una cosa* (art. 1.473 C. c.), que la inscripción sustituye a la tradición, cuando se trata de *adquisición inscrita* (párrafo segundo), pero como el mismo precepto revela, si se trata de adquisición (el Código habla de *adquirente*, lo que es lo mismo), la tradición ya ha tenido que ser efectuada (304).

en relación con los contratos preparatorios de los inscribibles a lo que dispone el art. 23 LH., en relación con la posibilidad de inscribir actos y contratos bajo condición suspensiva.

(303) VILLARES PICÓ, *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero*, en «RCDI», 1949, 290 y ss.

(304) Vid. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, I, 250 y ss., también, SANZ FERNÁNDEZ, *Instituciones*, cit., I, 257; VALLET, *Estudios*, 234 y ss., etc.

La vida independiente del menor no emancipado

RODRIGO BERCOVITZ y RODRIGUEZ CANO

SUMARIO: I. Las dos interpretaciones en la doctrina del artículo 160, segunda parte, del Código civil.—II. Apoyo histórico de los que conceden un sentido restringido al precepto en cuestión.—III. Carencia de base para afirmar la existencia de una emancipación en el supuesto de vida independiente del menor.—IV. Sentido limitado al que conduce la interpretación restringida del artículo 160, segunda parte.—V. Razones que abonan una interpretación más amplia.—VI. La vida independiente del menor no emancipado corresponde a una situación jurídica intermedia entre la emancipación y la sumisión normal a la patria potestad.—VII. Capacidad del menor no emancipado de vida independiente.—VIII. Capacidad del menor de dieciocho años de vida independiente.—IX. El menor de vida independiente sometido a tutela.—X. Consideraciones finales.

I. LAS DOS INTERPRETACIONES EN LA DOCTRINA DEL ARTICULO 160, SEGUNDA PARTE, DEL CODIGO CIVIL

El artículo 160 del Código civil recoge en su segunda parte la situación del menor no emancipado de vida independiente:

“...si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes “(lo que haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo)” como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración”.

El texto de este precepto del Código civil parece claro y, sin embargo, ha dado lugar a dos interpretaciones totalmente contrapuestas. Un sector de la doctrina considera que el menor de vida independiente es un menor emancipado (1). El artículo 160 del Código civil

(1) BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*. T. I. Madrid, 1959. Vid. pág. 359; T. IV. Madrid, 1960. Vid. pág. 626; BORRELL Y SOLER, *Derecho civil español*. T. IV. Vid. pág. 172; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*. T. I. V. II. 10.^a ed. Madrid, 1963. Vid. pág. 163; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*. Nueva ed. revisada y puesta al día por DE COSSÍO y GULLÓN. T. II. Madrid, 1959. Vid. págs. 669-670; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*. Vol. I. 3.^a ed. Madrid, 1968. Vid. pág. 211; MANRESA: “El final del artículo 160 reputa como emancipado

recoge pues —según dicha opinión— un supuesto de emancipación tácita frente a la emancipación expresa y formal del artículo 316. Con lo que el menor de vida independiente goza por lo menos del *status* previsto en el artículo 317 para los menores emancipados. No falta quien considera que la emancipación del artículo 160 equivale a la plena, correspondiente a la mayoría de edad, puesto que no se prevé en él ninguna limitación expresa (2). El régimen de la emancipación por mayoría de edad adquiere así el valor de régimen común de emancipación, aplicable a todos los tipos de emancipación que no establezcan expresamente otra cosa. Ciertamente que esta segunda conclusión ha sido rechazada por la mayor parte de los mantenedores de la interpretación del artículo 160 hasta aquí descrita. Ven en el artículo 160 un supuesto de emancipación, pero emancipación de un menor de edad y, consecuentemente, sometido a las limitaciones de capacidad contenidas en el artículo 317 (3). Postura que se ha visto refor-

al hijo en el caso que determina, y evidentemente cabe que pueda contratar con su padre, pues ya se admitía así, interpretando las leyes 6.^a y 7.^a, tít. XVII, Partida 4.^a, respecto a los bienes que constituían el peculio castrense, porque al hijo, en lo que se refiere a dicho privilegiado peculio, se le consideraba como emancipado". *Comentarios al Código civil español*. T. II. 7.^a ed., revisada por F. BONET RAMÓN. Madrid, 1957. Vid. pág. 53; *Sobre la emancipación de los hijos menores de edad que viven independientes de sus padres*. RGLJ. 1892. T. 81. Vid. pág. 307; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*. T. IV. V. II. Barcelona, 1970. Vid. pág. 235; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*. T. I. V. II. Madrid, 1958. Vid. pág. 90; T. II. V. II. Madrid, 1971. Vid. pág. 266; RAMOS R., *Capacidad de los menores para contratar y obligarse con arreglo a la legislación vigente*. 3.^a ed. Madrid, 1907. Vid. págs. 155-157; RIERA AISA, *Emancipación*. Nueva Enciclopedia Jurídica. T. VIII. Barcelona, 1956. Vid. pág. 207; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*. Sevilla, 1949. Vid. pág. 299; SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil*. T. I. Madrid, 1958. Vid. pág. 229.

(2) RAMOS, op. cit. Vid. pág. 157.

(3) BONET RAMÓN: "En esta hipótesis de emancipación tácita, su independencia patrimonial no tiene más extensión que la señalada por el artículo 317 respecto a la emancipación formalmente concedida por los padres (artículos 318 y 316)". Op. cit. T. IV. Vid. pág. 626. BORRELL Y SOLER: "La opinión que no parece aceptable es la de creer que la emancipación a que se refiere el artículo 160 tenga la amplitud de la producida por la mayor edad, que, definitiva y absolutamente, atribuye la plena capacidad de obrar". Op. cit. Vid. página 172. CASTÁN TOBEÑAS: "Aunque no determina el Código cuál sea la extensión de esta emancipación tácita o de hecho, ha de entenderse —como observa Espín— que producirá los mismos efectos que la de derecho, debiendo asimilarse más concretamente a la emancipación por concesión, ya que arranca del consentimiento de los padres". Op. cit. Vid. pág. 163. CLEMENTE DE DIEGO: "sólo que es una emancipación imperfecta, y para los actos de disposición se requerirá el concurso del padre o madre, por aplicación de la doctrina del artículo 317". Op. cit. Vid. pág. 670. ESPÍN: "... , debiendo asimilarse más concretamente a la emancipación por concesión, ya que arranca del consentimiento de los padres. Creemos, por tanto, que se regirá por el régimen del artículo 317". Op. cit. Vid. pág. 211. PUIG BRUTAU: "En este caso la independencia patrimonial del hijo es tan extensa como la que le corresponde en caso de emancipación voluntaria (arts. 316, 317 y 318 del C. c.)". Op. cit. Vid. pág. 235. ROYO MARTÍNEZ: "y como no es de presumir que el emancipado de hecho tenga más capacidad que el emancipado de derecho, ha

zada con el refrendo del Tribunal Supremo, el cual, en la Sentencia de 15 de diciembre de 1943 (4) ha creído más prudente que el menor de vida independiente no tenga mayor capacidad que el menor expresamente emancipado.

Naturalmente, esta primera interpretación del artículo 160 del Código civil provoca alguna duda entre sus mismos defensores cuando se plantean su aplicación al menor de vida independiente que no ha alcanzado la edad de dieciocho años. Sobre todo cuando se mantiene su equiparación con una persona mayor de edad. De ahí que

de entenderse que aun en este caso existen las limitaciones señaladas en el artículo 317". Op. cit. Vid. pág. 299. SANTAMARÍA: "La última parte de este artículo establece un tipo especial de emancipación del hijo a efecto de bienes determinados. La extensión de esta emancipación tácita no puede ser mayor de la que otorgan a la emancipación expresa los artículos 315 en relación con el 59 y 317 (S. 15-XII-1943)". Op. cit. Vid. pág. 229. VALVERDE: "En esta situación, corresponde al hijo la propiedad, el usufructo y la administración de los mismos (bienes), y al que ejerza la patria potestad, prestar consentimiento para gravar o vender bienes inmuebles, y la asistencia para comparecer en juicio cuando proceda". *Tratado de Derecho civil español*. T. IV. 3.^a ed. Valladolid, 1926. Vid. pág. 514.

(4) "se ha de notar: Primero: Que el artículo 4.^o del Código de Comercio, al exigir, en su número segundo, como una de las condiciones constitutivas de la capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio, la de que la persona de que se trate no esté sujeta a la potestad del padre o de la madre, viene a admitir implícitamente que tendrán dicha aptitud los mayores de veintiún años y menores de veintitrés, no sólo cuando hayan obtenido la emancipación por matrimonio o por concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad (art. 167, número segundo, del Código civil), o hayan obtenido, muertos sus padres, la concesión del beneficio de la mayor edad (art. 322 del propio Código), sino también cuando les sea aplicable la emancipación tácita o presunta establecida en el artículo 160 del repetido cuerpo legal, a cuyo tenor, "si el hijo con consentimiento de sus padres viviese independiente de éstos, *se le reputará* para todos los efectos relativos a dichos bienes (es decir, los adquiridos con su trabajo o industria o por cualquier título lucrativo) como *emancipado*, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración". Segundo: Que si bien es verdad que el número tercero del referido artículo 4.^o del Código de Comercio exige, además, como condición necesaria para el ejercicio habitual del comercio, la de tener el comerciante la libre disposición de sus bienes, no es menos cierto que, aparte de que el texto literal del aludido artículo 160 del mismo Código permitiría entender que el menor que tiene bienes de la clase en él indicada, posee la libre disposición de los mismos, ya que se le otorga sobre ellos "el dominio, el usufructo y la administración", aunque no se estime así y se adopte para la interpretación de ese texto un criterio de mayor prudencia y más ajustado a la exigencia de unidad del sistema que debe presidir todo cuerpo legal, entendiéndose que la extensión de la emancipación tácita del aludido precepto no puede ser mayor de la que otorgan a la emancipación expresa los artículos 315, en relación con el 59, y 317, es de tener en cuenta, de todos modos, que el requisito de la libre disposición de los bienes, impuesto por el mentado artículo 4.^o del Código mercantil, ha de ser tomado, no en un sentido rígido, que haría ilusorios los beneficios concedidos, a través de las dos condiciones anteriores del propio artículo, a los mayores de veintiún años, sino en un sentido de relativa amplitud, que encuentra base y fundamento holgados" (Considerando 3.^o de la Sentencia). Obsérvese que el Tribunal Supremo parte de la equiparación de la vida independiente del menor con una emancipación, hablando de *emancipación tácita o presunta*.

sea normal aplicar al artículo 160 el límite de edad mencionado. Así, sólo cuando el menor de vida independiente tenga dieciocho años cumplidos se beneficiará del régimen de emancipación contenido en el artículo 160. Con lo que, en definitiva, no se hace sino aplicar a éste los requisitos sustantivos recogidos en el artículo 318, puesto que se trata también de una emancipación por concesión de los padres (5). Sólo porque la concesión es tácita, se puede renunciar a los requisitos formales del artículo 316. En cambio, la edad de dieciocho años y

(5) MANRESA, *Sobre la emancipación...*: "Resulta, pues, y no podía ser de otro modo sin vulnerar los sagrados derechos de la patria potestad, que la emancipación de que se trata se verifica por el consentimiento o concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad sobre aquel hijo, que es el medio 3.º del artículo 314. Es así que, según el 318, "para que tenga lugar la emancipación por concesión del padre o de la madre, se requiere que el menor tenga dieciocho años cumplidos": luego, no puede reputarse como emancipado, para los efectos del artículo 160, al hijo que, con consentimiento de sus padres, viva independiente de éstos, mientras no haya cumplido dieciocho años. Creemos irrefutable este argumento, y por tanto que el artículo 318 es aplicable al caso del 160.

Que el menor de dieciocho años no puede tener en ningún caso la libre administración de sus bienes, lo declaran otras disposiciones del mismo Código. La emancipación se realiza también por el matrimonio, y el artículo 59, después de declarar que "el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal", añade: "Si fuere menor de dieciocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y a falta de ambos, sin el de su tutor". Y el artículo 323 prohíbe en absoluto que se conceda la *habilitación de mayor edad* al menor que no tenga dieciocho años cumplidos, y, por consiguiente, la administración de sus bienes, que va aneja a dicha habilitación.

Si, pues, ni al emancipado por matrimonio o por concesión de sus padres, ni al huérfano de padre y madre que obtiene el beneficio de la mayor edad, se concede la administración de sus bienes mientras no tengan dieciocho años cumplidos, porque carecen de la experiencia y madurez de juicio que la ley cree, con sobrada razón, que son indispensables para ello, ¿había de concederse al hijo menor de dicha edad por el solo hecho de vivir independiente de sus padres? No: eso sería una contradicción y un absurdo que no puede autorizar ninguna ley. ¿No podría ser causa esa independencia el abandono de los padres por el carácter díscolo e incorregible del hijo, que les obligue a darle su consentimiento, o acaso los vicios y disipación de aquéllos y de éste?". Vid. págs. 307-308.

"Por las razones expuestas entendemos, como ya se ha dicho, que el ejercicio del derecho que concede el artículo 160, está subordinado a la edad que fija el 318, y por consiguiente, que no podrá reputarse como emancipado el hijo que, con consentimiento de sus padres, vive independiente de éstos, para todos los efectos que determina aquel artículo, si es menor de dieciocho años. Dichos efectos son, tener ese hijo el dominio, el usufructo y la administración de los bienes que haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por título lucrativo: el *dominio* lo tendría en todo caso; el *usufructo*, que corresponde al padre, podrá éste renunciarlo a favor del hijo, puesto que el artículo se refiere, no sólo a los bienes que éste adquiera, sino también a los que *haya adquirido*; pero no puede tener la *administración* mientras no cumpla los dieciocho años, y por tanto serán nulas las obligaciones que contraiga antes de esta edad sin la intervención y consentimiento del padre o de la madre a cuya potestad está sujeto". Vid. pág. 310.

el consentimiento del menor (que viene dado por el carácter voluntario de su independencia) son imprescindibles (5 bis).

En la misma línea pueden ser colocados aquellos autores que, dando por sentado que la emancipación del artículo 160 es plena y que carece de límites de edad, pasan a criticar semejante situación del menor, carente por completo de unas mínimas garantías.

Y es en estas mismas críticas donde radica sin duda el punto de partida de la segunda interpretación, contrapuesta a la anterior y adoptada por el otro sector de nuestra doctrina (6). El artículo 160 —se nos dice— no contiene un supuesto de emancipación del menor. Por lo pronto, se está contemplando únicamente el *status* patrimonial del menor y, consecuentemente, no queda afectado su estatuto personal y familiar. El menor sigue pues sometido a la patria potestad, con todos los efectos derivados de ello. Pero además, la vida independiente del menor no afecta a todo su patrimonio, sino únicamente a aquellos bienes que los padres creen oportuno —en el ejercicio de su patria potestad— dejarle en administración. Se trata pues de las consecuencias derivadas de un consentimiento genérico de los padres con respecto a la actuación de sus hijos no emancipados en determinados sectores de su propio patrimonio (el de los hijos). Consentimiento en virtud del cual dichos menores adquieren la capacidad de obrar propia de un menor emancipado (7) únicamente por lo que se refiere

(5 bis) El mismo razonamiento realizaba GARCÍA GOYENA con respecto al artículo 155 del Anteproyecto de 1851 (Vid. su transcripción en el próximo apartado de este trabajo): “Por Derecho Romano y Patrio el hijo era reputado padre de familia en el peculio castrense y cuasi-castrense: tenía, pues, la libre administración y podía disponer de ellos en los mismos términos que era permitido hacerlo a todo el que no estaba sujeto a la patria potestad: “pueden fazer destes bienes atales lo que quisieren”.

“Nuestro artículo dice algo más: “se le considera como emancipado”; y como la emancipación no puede tener lugar sino a los dieciocho años cumplidos según el artículo 273, se sigue que sólo desde aquella edad deberá considerársele como emancipado en cuanto a los dichos peculios y podrá obrar en ellos con toda la latitud del artículo 275 y 277”. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852. T. I. Vid. pág. 166.

(6) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*. T. I. Barcelona, 1960. Vid. pág. 124; COMAS habla de un “estado intermedio entre la patria potestad y la emancipación”. *La revisión del Código civil español*. Exposición de motivos. T. II. Parte especial. Madrid, 1895. Vid. pág. 363; DE CASTRO, *Derecho civil de España*. T. II. Parte 1.^a. Madrid, 1952. Vid. págs. 195 y siguientes (su estudio de la figura ha sido, sin lugar a dudas, el decisivo para afianzar esta segunda interpretación del artículo 160 del Código civil); LA-CRUZ-SANCHO: “Así, los efectos patrimoniales de la patria potestad pueden cesar antes que los personales en este supuesto que la doctrina denomina “emancipación tácita”. *Derecho de familia*. Barcelona, 1966. Vid. pág. 454; SÁNCHEZ ROMÁN considera que se trata de “un caso de *emancipación parcial* que afecta a las relaciones patrimoniales, pero no a las personales entre padres e hijos”. *Estudios de Derecho civil*. T. V. 2.^a ed. V. 2.^o. Madrid, 1912.

(7) Quedando, pues, sometido en todo caso a los límites del artículo 317 del Código civil. ALBALADEJO, op. cit. Vid. pág. 124; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. Vid. págs. 1155-1156.

a esos bienes que le han sido confiados. Además, el menor adquiere el usufructo sobre esos mismos bienes, que normalmente corresponde al padre o a la madre, titular de la patria potestad. El menor de vida independiente no es pues un menor emancipado; es un menor equiparado al emancipado por lo que se refiere a algunos bienes de su patrimonio, sobre la base de un consentimiento genérico de su representante legal, el titular de la patria potestad.

Esta tesis —añaden los defensores de la segunda postura descrita— recibe una decisiva confirmación de los antecedentes históricos del artículo 160, a la luz de los cuales hay que interpretar las oscurecidas y ambigüedades derivadas de su texto.

II. APOYO HISTORICO DE LOS QUE CONCEDEN UN SENTIDO RESTRINGIDO AL PRECEPTO EN CUESTION

El estudio de los antecedentes del artículo 160 nos remite a la doctrina romanista de los peculios, ampliamente recogida en las Partidas y mantenidas en nuestro país hasta la Ley de matrimonio civil de 1870, donde es confirmada —según mantienen nuestros tratadistas y parece ser el propósito de sus redactores (8)—, aunque con alguna modificación, derivada de la atribución de la patria potestad en su caso también a la madre (9). Puesto que lo que se pretendía también con la redacción del artículo 160 del Código civil era conservar la doctrina de los peculios —añaden los autores partidarios de una interpretación restrictiva del mismo—, lógico es que su interpretación se condicione por dicha construcción romanista de los peculios en la medida en que sea suficiente para justificar el *status* concedido en él al menor de vida independiente (10).

Como decíamos, las Partidas dividían el patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad en tres tipos de peculios, cada uno sometido a un régimen distinto. El peculio profecticio, adquirido con bienes del padre que el hijo tenía en precario, y que engrosaba el pa-

(8) "Las disposiciones del proyecto, relativas a la patria potesta, sancionan el derecho de nuestros Códigos sobre peculios y fijan la jurisprudencia sobre la misma materia" (Exposición de Motivos).

(9) Sobre dichos antecedentes vid. CLEMENTE DE DIEGO, op. cit., páginas 666 y siguientes; DE BUEN, *Derecho civil español común*. 2.^a ed. V. II. Madrid, 1931, págs. 182 y siguientes; DE OTTO Y CRESPO, *Del peculio adventicio*. RGLJ. T. 33. 1868. Vid. págs. 157 y siguientes; GARCÍA GOYENA-AGUIRRE, *Febrero*. T. I. Madrid, 1841. Vid. págs. 27-28; GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*. 12.^a ed. T. I. Madrid, 1877, págs. 398 y siguientes; GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. 2.^a ed. T. I. Madrid, 1868, páginas 557 y siguientes; MANRESA, *Comentarios...*, págs. 50 y siguientes; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*. T. III. Madrid, 1890, págs. 280 y siguientes; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., págs. 1112 y siguientes.

(10) DE CASTRO, op. cit. Vid. págs. 194-196.

trinio de aquéi. El peculio adventicio, adquirido de cualquier otra manera, tanto a título gratuito como oneroso, cuya propiedad correspondía al hijo; pero cuyo usufructo y administración se atribuían al padre. Los peculios castrense y cuasicastrense, adquiridos por el hijo en actividades consideradas socialmente como de especial relieve (milicia, cargos públicos, profesiones liberales), cuyo usufructo y administración —y no sólo la propiedad como era la regla general— se entregaban directamente a aquél (11).

(11) *Partida 4.^a. Título XVII. Ley 5.^a.*—“En tres guisas se departen las ganancias que fazen los fijos, mientras estan en poder de sus padres. La primera es, de aquello que ganan los fijos con los bienes de los padres: e tal ganancia como esta llaman en latín, *Profecticium peculium*. Ca quanto quier que ganan desta manera, o por razón de sus padres, todo es de los padres que los tienen en su poder. La segunda es, lo que el fijo de algunos ganasse por obra de sus manos, por algund menester, o por otra sabiduría que ouisse, o por otra guisa; o por alguna donación que le diesse alguno en su testamento, o por herencia de su madre, o de alguno de los parientes della, o de otra manera; o si fallase tesoro, o alguna otra cosa por aventura. Ca de las ganancias que fiziesse el fijo, por qualquier destas maneras, que non saliesse de los bienes del padre, nin de su abuelo, deue ser la propiedad del fijo, que las gano, é el usufructo, del padre en su vida, por razon del poderio que ha sobre el fijo. E esta ganancia llaman en latín *Adventitia*, porque viene de fuera, e non por los bienes del padre. Pero el padre dezimos, que deue defender, e guardar estos bienes aduenticios de su fijo, en toda su vida también en juicio, como fuera de juycio. La tercera manera de bienes, e de ganancia, es la que dizen en latín *Castrense*, vel quasi castrense *peculium*, assi como se muestra adelante”.

Ley 6.^a.—“*Castra* es una palabra de latín, que se entiende en tres maneras. La primera, e la mas comunal es, todo Castillo, e todo lugar, que es cercado de muros, o de otra fortaleza. La segunda es, hueste, o aluergada, do se ayuntan muchas gentes, que es fortaleza, e por ende es llamada en latín *Castra*. La tercera es Corte del Rey, o de otro Príncipe, do se allegan muchas gentes, como a Señor, que es fortaleza, e amparamiento de justicia. E por esta razón, las ganancias que los omes facen en algunos destes lugares, tomaron nomes desta palabra, que dize en latín, *Castra*. E por esso son llamadas *Castrense*, vel quasi castrense *peculium*. E aun porque tales ganancias como estas fazen los omes con grand trabajo, e con grand peligro, e porque las fazen en tan nobles lugares, por ende son quitamente de los que las ganaron, e son mas fraquedas que las otras ganancias. Ca los dueños dellas pueden fazer destes bienes atales, lo que quisieren; e non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar, padre nin hermano, nin otro pariente que ayan”.

Ley 7.^a.—“*Castrense peculium* llaman en latín a las ganancias que los omes fazen en algunos de los tres lugares que diximos en la ley ante desta; assi como las soldadas que dan los Señores a los vasallos, quier sean Caualleros, o otros qualesquier que los siruan de cauallo, e con armas. Otras ganancias y ha, a que llaman en latín *Quasi castrense*; que quier tanto dezir en romance, como ganancias que son semejantes destas otras, e son assi como lo que dan a los Maestros, de qual sciencia que sean, de la Cámara del Rey, o de otro lugar público en razón de soldada, o de salario. E otrosi lo que dan ende a los Juezes, e a los Escriuanos del Rey, por razón de su officio; e lo que dan a otros qualesquier desta manera. Esso mesmo dezimos que es quasi castrense todo donadio de heredad, o de otra cosa qualquier destes sobredichos. Ca tales ganancias como estas son quitamente de aquellos que las fizieron, assi como de suso diximos”.

Este esquema subsiste inalterado hasta la Ley de matrimonio civil. Así vemos cómo lo recoge, aunque con imperfección (12), Gorosabel en su proyecto de Código civil:

“Los padres hacen suyo cuanto los hijos adquieren menos lo siguiente:

1.º Lo que ganan por ejercer alguna profesión liberal; v. g., la judicatura, abogacía, medicina o milicia.

2.º La propiedad de lo que adquieren por cualquier otro título” (artículo 91).

“Los padres tienen la administración y usufructo de los mismos bienes explicados en el número 2.º del artículo precedente mientras no se emancipen los hijos”. (artículo 92).

También queda plasmado en los artículos 150 a 155 del Anteproyecto de 1851:

“El padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores”. (artículo 150).

“Los bienes que el hijo adquiere con el caudal del padre mientras está bajo la patria potestad, pertenecen a éste en propiedad y usufructo, salva la facultad que tiene el padre, en todo caso, de hacer al hijo alguna donación de estos bienes, o señalarle alguna parte en sus utilidades”. (artículo 151).

“Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, estando en poder y compañía del padre, pertenecen al hijo en propiedad, y al padre en usufructo”. (artículo 152).

“Los bienes que adquiere el hijo por cualquier título lucrativo, pertenecen a éste; pero el padre tiene su usufructo mientras el hijo está en su poder”. (artículo 153).

“Pertenecen al hijo en propiedad y usufructo:

1.º Los bienes donados o mandados al hijo para el seguimiento de una carrera, o el ejercicio de alguna profesión o arte liberal, o con la condición de que el padre, o la madre en su caso, no ganen el usufructo; pero esta condición no puede imponerse sobre la legítima.

2.º Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, no estando en compañía del padre.

3.º Los bienes que los hijos adquieren por ocasión de la milicia, o con el ejercicio de cargos o empleos civiles, de profesiones o artes liberales”. (artículo 154).

(12) No hace ninguna referencia al *peculio profecticio*.

“El hijo tendrá también la administración de los bienes comprendidos en los números 2.º y 3.º del artículo anterior, para cuyo efecto se le considerará como emancipado” (artículo 155).

La Ley de matrimonio civil extiende la patria potestad a la madre en defecto del padre. En su Exposición de Motivos existe una amplia referencia al mencionado cambio:

“Tiempo es ya de borrar de nuestra legislación las huellas del derecho pagano de Roma, que vino a herir de muerte el Evangelio, elevando a la mujer al puesto que le corresponde en el seno de la familia. Sea o no cierto que la legislación visigoda otorgase a la madre la potestad sobre sus hijos, es innegable que en aquel Código se aspira una más elevada doctrina sobre la mujer que la modelada en las leyes romanas, y que esa misma doctrina vaga en nuestra legislación foral con formas más o menos concretas. Más que de innovación por tanto, la disposición del proyecto bien merece el nombre de último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipación jurídica de la mujer y el reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia; teoría cuyo germen fue arrojado al mundo con el Evangelio, desarrollándose después lentamente en nuestra legislación nacional con la institución de los gananciales y con los derechos otorgados a la madre sobre los hijos y sus bienes hasta llegar a su plenitud con lo que se dispone en el proyecto, que no rechazará nadie que conozca en cuánta ternura, cuánta previsión, cuánta prudencia puede atesorarse en el corazón de una madre, cuya vida se concentra en el bienestar y en el porvenir de sus hijos”.

Esta alteración de la posición de la madre con respecto a sus hijos conlleva la inclusión en el régimen del peculio profecticio de los bienes obtenidos por los mismos con bienes de aquélla. Lo que determina una ampliación del peculio profecticio y una paralela reducción del peculio adventicio:

“En consecuencia de tal potestad, el padre, y en su defecto la madre, tendrán derechos:

Tercero. A hacer suyos los bienes que adquieren con el caudal que hubieren aquellos puesto a su disposición para cualquier industria, comercio o lucro.

Cuarto.—A administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubieren adquirido por cualquier título lucrativo, o por su trabajo o industria” (artículo 65).

Fuera de esto (13), la ley parece seguir manteniendo los peculios castrense y cuasicastrense en los artículos 66 y 67:

“El padre, y en su defecto la madre, no adquirirán la propiedad, el usufructo ni administración de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo o industria, si no viviere en su compañía”.

“El hijo se reputará como emancipado para la administración y usufructo de los bienes comprendidos en el artículo anterior”.

Nótese que su contenido resulta también alterado al incluirse todos los bienes obtenidos por cualquier actividad del hijo y no sólo por algunas.

Tales antecedentes históricos serán pues los que aclaren el contenido del Código civil en cuanto a los efectos patrimoniales de la patria potestad. De acuerdo con lo cual, el artículo 161 recoge el peculio profecticio, los artículos 159 y 160, primera parte, el peculio adventicio, y, finalmente, la segunda parte del artículo 160 contempla, bajo la llamada vida independiente del menor no emancipado, el supuesto de los peculios castrense y cuasicastrense.

Parece claro que los antecedentes históricos abonan una interpretación restringida de la vida independiente del menor, puesto que ésta no es sino la nueva denominación dada a los peculios castrense y cuasicastrense con los que no se pretendía más que conceder plena capacidad a los sometidos a la patria potestad con respecto a una especial parcela de su patrimonio, la obtenida con su propia actividad (históricamente sólo en determinadas actividades de especial importancia social).

Vemos pues que el apoyo histórico a la interpretación restrictiva de la segunda parte del artículo 160 resulta coherente. Y, sin embargo, la redacción dada a los artículos 66 y 67 de la Ley de matrimonio civil permite afirmar la ruptura del hilo histórico que pretende esta-

(13) Y de la concesión de la emancipación total con la mayoría de edad: “Consiste la primera (innovación) en declarar extinguida la patria potestad por la mayor edad del hijo. No es necesario rebuscar precedentes en nuestro Derecho foral para demostrar el principio en que descansa esta causa de emancipación. La patria potestad tiene un fin eminentemente moral: la educación del hijo. Este no nace, según se ha dicho anteriormente, con la plenitud de desarrollo intelectual, moral y físico que el hombre necesita para el cumplimiento de sus destinos. Para adquirir este desarrollo necesita del auxilio y protección de los autores de sus días. La forma legal y eficaz de esa protección es la patria potestad. Desde que el hijo adquiere la plenitud de sus facultades, la protección paterna o, lo que es lo mismo, la patria potestad, carece de razón de ser. De esto se deduce, con todo el rigor de la lógica, que alcanzando, según la ley, esa plenitud el individuo al llegar a su mayor edad, con ella también debe quedar emancipado de la autoridad paterna, sin perjuicio de los sagrados e inextinguibles deberes que la naturaleza le impone respecto a sus progenitores” (Exposición de motivos).

blecerse entre la doctrina romanista de los peculios y la regulación del patrimonio de los menores en el Código civil. Más adelante razonaremos esta reserva.

III. CARENANCIA DE BASE PARA AFIRMAR LA EXISTENCIA DE UNA EMANCIPACION EN EL SUPUESTO DE VIDA INDEPENDIENTE DEL MENOR

No es sólo la interpretación histórica la que permite afirmar que el artículo 160 no contiene ningún tipo de emancipación, sino que también una interpretación sistemática, e incluso la literal del mismo, abonan dicha postura, a pesar de ser ésta prácticamente la única en que se basan los mantenedores de la solución contraria (14).

Resulta sorprendente percatarse de que los autores que ven un nuevo tipo de emancipación en el artículo 160 no justifican en absoluto semejante interpretación del precepto en cuestión. Según parece, para ellos el texto del Código civil es tan claro que no plantea problemas. La expresión “se le reputará... como emancipado” resulta definitiva. Sin embargo, no se pueden olvidar otras partes del propio artículo que, cuanto menos, introducen dudas sobre el valor real de la expresión transcrita. Por lo pronto, conviene recordar que el artículo 160 comienza refiriéndose a los bienes del “hijo *no emancipado*” y que, consecuentemente, todo el artículo se refiere a ese menor *no emancipado*, aunque la segunda parte hable del *hijo* a secas (“pero si el hijo...”). Lo que encaja con que se le repunte *como* emancipado y *no emancipado* (simple y directamente) en esa misma segunda parte del artículo.

Pero además, el hijo *no emancipado* de vida independiente será reputado *como* emancipado únicamente *para todos los efectos relativos a dichos bienes* (los que haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo). Con lo que se plantea en primer lugar la posibilidad de que subsistan bienes en su patrimonio frente a los que no sea considerado como emancipado. En segundo lugar, queda fuera de la pretendida emancipación la pro-

(14) DE CASTRO alega, además, las siguientes consideraciones: “1.^a La obligación básica del padre de representar y de administrar los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad (arts. 155, 159) no puede eludirse totalmente, dejando en manos del hijo, por ejemplo, los bienes que éste haya recibido por herencia: 2.^a Que las restricciones establecidas para la enajenación de los bienes inmuebles (art. 164) podrían soslayarse sin más que dejar que el hijo viva con independencia. 3.^a No se explica por qué se podrían dejar a la libre disposición del hijo los bienes adquiridos por un título lucrativo, y o aquellos que tengan otro origen (arts. 161, 162). 4.^a Sería absurdo que se permitiese a un menor, y de cualquier edad, que realice actos que no le están permitidos a los emancipados expresa y formalmente (artículos 59, 317). 5.^a En fin, que contradice el sentido de las disposiciones especiales basadas en el artículo 160, y que conceden sólo efectos restringidos a la vida independiente del menor.” Op. cit. Vid. págs. 195-196.

pia persona del menor. Lo que permite que el legislador se pueda seguir refiriendo —sin incurrir en contradicción— al hijo no emancipado, mencionado al comienzo del artículo. Ciertamente que estos dos últimos argumentos son susceptibles de discusión (como ya veremos al volver sobre esta materia); pero, en todo caso, lo que sorprende es que no se apunten por los autores más arriba mencionados, aunque sólo sea para rebatirlos.

Pasando ya a una interpretación sistemática, vemos que nuestro Código civil no conoce ningún tipo general de emancipación que recaiga únicamente sobre una parte de los bienes del menor. Sólo cuando el menor no emancipado contrae nupcias en contra de la prohibición del artículo 45, número 1.º, prevé la segunda regla del artículo 50 una emancipación parcial en sus efectos patrimoniales. Pero el supuesto es excepcional y tiene el carácter de una sanción, por lo que no cabe equipararlo con el que nos ocupa del artículo 160. Pero, aún es más, lo que no concibe nuestro ordenamiento, ni tan siquiera excepcionalmente, es una emancipación que no determine en primer lugar una independencia personal del menor. Y, sin embargo, ya hemos visto cómo el artículo 160 no se refiere para nada al *status* personal del menor, lo que parece coincidir con la materia patrimonio que constituye su único objeto, tal como indica el mismo epígrafe que encabeza el capítulo en el que se incluye: “De los efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos”.

La interpretación sistemática nos conduce a un argumento independiente de los anteriormente mencionados y que considero decisivo a la hora de negar que el artículo 160 equipare al menor de vida independiente con un menor emancipado. La concepción de la emancipación como un auténtico estado civil, unida a su puesta al servicio de los intereses de los menores, hace que nuestro ordenamiento la conciba como una situación definitiva no susceptible de revocación. Así lo establece expresamente el artículo 319 del Código civil para la emancipación por concesión del padre o de la madre y así lo entiende unánimemente la doctrina para todos los demás supuestos, incluso en el de viudo o viuda menor de edad que hubiese accedido a la emancipación por matrimonio. Frente a esta nota esencial de la emancipación en nuestro Ordenamiento, el artículo 160 nos describe una vida independiente del menor “con consentimiento de sus padres”. Consentimiento actual, tal como resulta de la redacción del texto legal, y que, consecuentemente, determinará la desaparición de la situación de independencia cuando deja de existir. En principio, pues, el consentimiento del artículo 160, presupuesto de la vida independiente, del menor y del régimen económico correspondiente, es revocable. Difícilmente cabe hablar entonces de una emancipación, si se quiere dar a dicha calificación un sentido técnico y no utilizarla únicamente con

un valor meramente descriptivo (15). Nuestro ordenamiento conoce sólo una emancipación irrevocable, de acuerdo con su carácter de estado civil. Allí donde encontremos una situación revocable, simplemente a instancia de quien o quienes la produjeron (sin ningún otro requisito), podemos afirmar que no se tratará de un estado civil y, en nuestro caso, que no se tratará de una emancipación.

Finalmente, un argumento más, contrario al reconocimiento de una emancipación verdadera, en el caso del menor de vida independiente es la inexistencia de un tope de edad. Realmente, el artículo 160 no lo contiene. Aunque no sea normal, sería curioso imaginar un menor emancipado de 13 años y que, sin embargo, no pudiese disponer "mortis causa" de sus bienes (16). Una mínima preocupación por la protección de los menores lleva a rechazar automáticamente semejantes situaciones por muy hipotéticas que sean (17).

(15) CASTÁN TOBEÑAS: "Lo indudable es que la emancipación tácita establecida por el artículo 160 se diferencia de la formalmente otorgada por el matrimonio o por la concesión del padre en que estas últimas son irrevocables, mientras que la primera puede quedar sin efecto siempre que los padres retiren al hijo el consentimiento para vivir con independencia." *Derecho civil español, común y foral*. T. V. Vol. II. Con la colaboración de J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, 8.^a ed. Madrid, 1966. Vid. pág. 167. PUIG BRUTAU: "Pero es una situación revocable o emancipación a precario." *Op. cit.* Vid. pág. 235. PUIG PEÑA: "Lo que caracteriza esta emancipación de independencia de vida, de las típicas por concesión y matrimonio, es que estas últimas son irrevocables, mientras que la de vida independiente puede quedar sin efecto siempre que los padres retiren al hijo el consentimiento para vivir con independencia." *Op. cit.* T. I. V. II. Vid. pág. 90.

En el mismo sentido, BONET RAMÓN. *Op. cit.* T. IV. Vid. pág. 626; BORRELL Y SOLER. *Op. cit.* Vid. pág. 172.

(16) Lo que curiosamente ocurre con la mujer casada mayor de doce años y que no haya alcanzado los catorce años de edad (Vid. artículos 83, número 1.º, 315 y 663, número 1.º) ¿Hasta qué punto no es ello una muestra más de la postergación de la mujer en la redacción del Código civil?

(17) SÁNCHEZ ROMÁN: "Y no se diga que tal supuesto es equivalente al de la emancipación voluntaria, del núm. 3.º del art. 314, por concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad, puesto que ésta tiene sus requisitos formales tasados en el 316, y sus condiciones legales de edad de diez y ocho años cumplidos en el hijo, según el 318; requisitos y condiciones que para nada se tienen en cuenta en la consideración legal de emancipado respecto de los bienes, que se otorga al hijo que vive independiente de sus padres por el art. 160, pues aunque menciona la circunstancia de que sea "con consentimiento de ellos", no determina forma alguna en que haya de prestarse, ni menos dice, ni debía decir, que una vez prestado no sea susceptible de revocación, ni tampoco fija límites a la edad del hijo, haciendo normal y válida la hipótesis de que un niño o joven de corta edad ostente capacidad para la administración de sus bienes y para regir su actividad por sí solo sin el concurso de padres ni de tutores, cualquiera que sea el asunto de que se trate, fuera de las excepciones del art. 317 citado." *Op. cit.* Vid. pág. 1154. Nota 2.

IV. SENTIDO LIMITADO AL QUE CONDUCE LA INTERPRETACION RESTRINGIDA DEL ARTICULO 160, SEGUNDA PARTE

Ya hemos visto cómo los autores que niegan al menor de vida independiente la condición de menor emancipado reducen la segunda parte del artículo 160 del Código civil a una autorización genérica del representante legal (el padre o la madre) en lo que a la gestión de sus propios bienes por el menor se refiere. Aunque en principio es el representante legal quien tiene que actuar por el menor o por el incapacitado, entra dentro del ejercicio de su función el confiar bienes a su representado para que éste actúe con plena libertad y capacidad con respecto a ellos (18). Lo que se practica especialmente para atender a los gastos cotidianos del sujeto a representación legal. Ciertamente que semejante autorización puede extenderse a campos más amplios. Así, cuando se permite al menor vivir en domicilio distinto por razón de su trabajo o de su educación, o cuando se le encomienda la gestión de un negocio, o la administración de fincas... Todas estas autorizaciones entran dentro del ámbito normal del ejercicio de la representación legal, por muy amplias que sean. Por ello no afectan en absoluto a su contenido (en nuestro caso, al de la patria potestad) y, consecuentemente, son revocables en cualquier momento (19). De la misma forma que el padre (o la madre) considera oportuno conceder un determinado ámbito de libertad económica al hijo, puede considerar también oportuno, a su buen arbitrio, eliminar semejante ámbito de libertad económica, revocando la autorización correspondiente. Semejante concesión o revocación arbitraria de la autorización es precisamente la que caracteriza la situación del menor de vida independiente, según opinan los defensores de esta segunda interpretación de la segunda parte del artículo 160. Ciertamente que el arbitrio no puede servir para incumplir las funciones propias de la patria potestad, defraudando con su ejercicio todo el sentido de la institución (20). Pero este es el único límite existente al ejercicio de dicho arbitrio: el respeto de las funciones encomendadas en los artículos 155 y 159. Por ello no será válida (a los efectos del artículo 160) la vida independiente del menor artificialmente fomentada por los padres para zafarse del deber de administrar sus bienes y del de ocuparse de su persona, o para zafarse del control previsto en el artículo

(18) LARENZ: *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. München, 1967. Vid. págs. 149-151.

(19) LARENZ: "Der gesetzliche Vertreter kann die von ihm erteilte Einwilligung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerrufen (§ 183); er kann sie durch eine entsprechende Erklärung, wenn auch nur mit Wirkung für die Zukunft, einschränken." Op. cit. Vid. pág. 150.

(20) ALBALADEJO: Op. cit. pág. 124; ROYO MARTÍNEZ: "Contra lo que alguien pudiera pensar, el artículo 160, prop. 2.ª, no implica abandono ni dejación de atribuciones por parte de los padres, y, por tanto, no tiene carácter punitivo para éstos." Op. cit. Vid. pág. 299.

164 del Código civil (21). La limitación del arbitrio actúa pues fundamentalmente a la hora de conceder el *status* de vida independiente al menor.

También se relaciona con este mínimo control del arbitrio del titular de la patria potestad el ámbito patrimonial en el que es lícito confiar la gestión al menor no emancipado. En este sentido cabe preguntarse hasta qué punto no constituye un abandono de las funciones propias de la representación legal la concesión de una autorización al representado que se extienda a todo su patrimonio. Parece que, a pesar de la revocabilidad de semejante autorización, podría dudarse de su eficacia (22) para garantizar adecuadamente los intereses del menor. Sin embargo, este obstáculo no es tal para los que interpretan el artículo 160 de esta forma restringida. En efecto, si bien es cierto que la autorización que fundamenta la situación del menor de vida independiente se diferencia frente a todas las demás autorizaciones de su mismo género por su amplitud, colocándose así en la cúspide de

(21) Con lo que queda invalidada la crítica realizada al respecto por COMAS (quien cree que basta con la separación de domicilios para que el hijo sea reconocido como menor de vida independiente): "Pero si se considera el referido art. 160 en su relación con el 317 del Código vigente, salta a la vista una situación por todo extremo anómala, según la cual el hijo menor, mayor de 18 años y aun menor de esta edad, puede llegar a ser administrador de sus bienes sin haber salido de la patria potestad, en atención al solo hecho de que su padre le consienta hacer economía separada.

He aquí la contradicción de principios que resulta al considerar cómo la ley pone en manos del padre o de la madre un medio de eludir las condiciones de la intervención judicial y de la audiencia fiscal, que exige como ineludibles, según el art. 164, haciendo de su incumplimiento causa de prohibición para la enajenación, gravamen a transacción de los bienes inmuebles de los hijos de familia.

De este modo aparece que si el hijo vive en compañía del padre, como no se reputa emancipado, será preciso cumplir las expresadas formalidades de la referida intervención judicial y fiscal; pero, en cambio, si el padre consiente que el hijo no viva con él (aunque sea pocos días, ya que no exige el Código tiempo determinado para dicha situación), a pesar de que el hijo continuará bajo su patria potestad, podrá entonces verificarse libremente la enajenación, gravamen o transacción sobre los bienes del hijo, sin necesidad de autorización del Juez ni audiencia del Ministerio fiscal, con la sola variación de que, en lugar de ser el padre quien venda o grave los bienes acerca de los cuales el hijo se reputa emancipado (dicho artículo 160), sea éste quien unifique aquellos actos con el consentimiento del padre, en conformidad con lo dispuesto en el art. 317 del Código: resultando por todo ello que lo que está prohibido hacer al padre, según el artículo 164, se permite que lo haga el hijo, según el artículo 317, sin que sobrevenga entre ellos el menor cambio en su respectiva situación jurídica.

¿Cabe contradicción, más manifiesta, al observar que el sistema del Código en este punto consiste en permitir por el art. 317 que el padre consienta lo que el art. 164 le prohíbe que haga?" Op. cit. Vid. págs. 361-362.

(22) LARENZ: "Der ihm (el menor de edad) eingeräumte Spielraum muss jedoch begrenzt und übersehbar bleiben, da andernfalls der Schutzzweck des Gesetzes vereitelt werden würde; eine in ihrem Umfang völlig unbegrenzte Einwilligung in alle von dem Minderjährigen vorgenommenen Geschäfte wäre gesetzwidrig und daher nichtig." Op. cit. Vid. pág. 150.

esa serie que comienza por el dinero de bolsillo que periódicamente se entrega a los hijos para sus pequeños gastos, ello no debe conducir a pensar que necesariamente se extienda a todo el patrimonio del menor. Por el contrario, tomando como base esta posible objeción, se nos dice que dependerá de la discreción del padre (o madre) conceder al hijo un mayor o menor número de bienes, entrando precisamente dentro de sus atribuciones el restringir su entrega, especialmente de los que el menor adquiera o haya adquirido a título gratuito, de acuerdo, además, con los antecedentes históricos estudiados. El ámbito propio de la vida independiente del menor es el de los bienes que éste obtenga con su trabajo o industria. En cuanto a los demás bienes, la discrecionalidad del titular de la patria potestad es absoluta, aún manteniéndose dentro del marco de la autorización genérica correspondiente a dicha vida independiente del menor (23).

Si los efectos de la segunda parte del artículo 160 se limitan a lo expuesto en esta segunda interpretación del mismo por nuestra doctrina, no se trata de conceder al menor de vida independiente una auténtica libertad, sino simplemente de legitimarle para actuar libremente en determinados sectores (24). Lo que prácticamente reconocen

(23) DE CASTRO, *Derecho civil...*: "El hijo menor no puede vivir más que con una relativa independencia respecto de quien ejerza sobre él la patria potestad, que no puede exceder aquélla de lo permisible, sin que el guardador incurra en abandono del menor, dadas las circunstancias de personas y bienes. Difícilmente será concebible entonces la entrega de todos los bienes adquiridos o que adquieran por título lucrativo; en cambio, conforme a los precedentes legislativos, se podrá confiar al hijo menor, sin limitaciones, lo que adquiera con su trabajo o industria." Vid. pág. 196.

"El conjunto patrimonial, al que afecta esta cuasi emancipación relativa, está constituido por los bienes que el hijo adquiera con su trabajo o industria durante su vida independiente, los que de este modo haya adquirido antes, los que reciba por cualquier título lucrativo, los que el padre le confíe —dentro de sus facultades prudenciales— para que viva con independencia. Siendo presupuesto de esta situación el consentimiento paterno, parece seguro que el padre pueda restringir o aumentar el patrimonio que deja en poder del hijo. Este carecerá, por tanto, de facultades sobre los bienes que el padre continúe administrando." Vid. pág. 198.

(24) ALBALADEJO: "A tenor del espíritu del art. 160, la ampliación de capacidad provocada por la vida independiente, puede darse sólo respecto a cierto sector de la actividad del menor o a ciertos asuntos (así, para los actos de la vida ordinaria, según los usos, realizan *por sí* los menores). El consentimiento relativo a la independencia se seguirá normalmente del asunto o actividad de que se trate. Y los bienes sobre los que el menor tiene el poder y disponibilidad totales, habitualmente proceden de liberalidades (usuales) del propio titular de la patria potestad (éste da pequeñas sumas al menor para sus gastos)." Op. cit. Vid. págs. 124-125.

Expresión acabada de esta postura se encuentra en el artículo 366 del Proyecto de Reforma del Código civil español de COMAS:

"Los menores, cualquiera que sea su sexo, que hayan cumplido la edad de 14 años, pueden comprar al contado, mediante la entrega de presente de la cosa y del precio respectivo, toda clase de cosas muebles, no siendo alhajas u objetos preciosos.

Podrán también obligarse en todo lo relativo a su alimentación, vestido asistencia e instrucción, pero sin que su responsabilidad por alguno o varios de los expresados conceptos pueda hacerse efectiva sobre otra cosa que no

como provechoso la mayor parte de los códigos pertenecientes a nuestra área cultural. Baste con citar algunos de ellos.

El artículo 127 del nuevo Código civil portugués de 1966 incluye las siguientes zonas de libertad para el menor, bajo el expresivo título de *Excepções à incapacidade dos menores*:

“1. São excepcionalmente válidos, além de outros previstos na lei:

a) Os actos de administração ou disposição dos bens que o menor haja adquirido por seu trabalho ou indústria, vivendo sobre si com permissão dos pais, ou pelas armas, letras ou profissão liberal, vivendo ou não em companhia dos pais;

b) Os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor, que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância;

c) Os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os practicados no exercício dessa profissão, arte ou ofício.

2. Pelos actos relativos à profissão, arte ou ofício do menor e pelos actos practicados no exercício dessa profissão, arte ou ofício só respondem os bens de que o menor tiver a livre disposição”.

Supuestos similares son los contemplados por los artículos 295 y 296 del Código civil suizo:

“Le produit du travail de l'enfant mineur appartient aux père et mère aussi longtemps que l'enfant fait ménage commun avec eux.

L'enfant peut en disposer sous réserve de ses obligations envers ses parents, lorsque, de leur consentement, il vit hors de famille” (artículo 295).

“L'enfant a l'administration et la jouissance de ceux de ses biens que les parents lui remettent pour exercer une profession ou une industrie” (artículo 296).

Por los párrafos 112 y 113 (párrafos 1.º, 2.º y 4.º) del BGB:

“Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selb-

sea el producto de su trabajo o industria y la pensión alimenticia que les estuviere asignada o que pudiesen percibir conforme a derecho.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá aplicación a los menores que vivan en compañía de sus padres o guardadores, o que por ellos estén colocados en algún establecimiento de enseñanza para su educación o instrucción.”

ständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Die Ermächtigung kann von dem Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen werden". (parágrafo 112).

"Ermächtigt der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen, in Dienst oder in Arbeit zu treten, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung des sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Ausgenommen sind Verträge, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Die Ermächtigung kann von dem Vertreter zurückgenommen oder eingeschränkt werden.

.....
Die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung gilt im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art." (parágrafo 113, párrafos 1.º, 2.º y 4.º).

Y por el parágrafo 1.655 (interpretado *a sensu contrario*):

"Die Eltern können Gegenstände, die sie nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts veräußern dürfen, dem Kinde nicht ohne diese Genehmigung zur Erfüllung eines von dem Kinde geschlossenen Vertrages oder zu freier Verfügung überlassen".

En el Código civil francés estas zonas de libertad aparecen mucho más desdibujadas:

"L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes". (artículo 389-3, párrafo 1.º) (25).

(25) MAZEAUD DE JUGLART: "La jurisprudence a cependant atténué cette incapacité totale, en reconnaissant la validité des *actes de la vie courante* accomplis par le mineur; les nécessités pratiques l'imposaient. Le législateur de 1964 a confirmé cette jurisprudence: l'article 389-3, al 1er. C. civ. excepte de la représentation du mineur par l'administrateur légal "*les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes*". Ces cas sont: l'ouverture d'un livret de caisse d'épargne ou d'épargne crédit, l'adhésion à un syndicat professionnel (mais après 16 ans et sauf opposition des parents ou du tuteur)

“Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes”. (artículo 450, párrafo 1.º (26) (27).

Todos estos preceptos se encuentran marcados por un denominador común, cual es potenciar el desarrollo de la personalidad del menor, aunque siga necesitado de la protección general correspondiente al mantenimiento de una representación legal y, en concreto, de la patria potestad. Pero junto a este indudable carácter personalista aparece otro totalmente ajeno a los intereses del menor. Y es que el reconocimiento de zonas en las que el menor actúa con plena capacidad sirve también eficazmente para la seguridad del tráfico jurídico. Se trata, en esta otra faceta del fenómeno, de garantizar a los terceros frente a las apariencias. Se les dice que pueden confiar en ellas porque el menor que maneja determinados bienes ha recibido una

ou à une société mutualiste, l'engagement aux armées (mais, avant 20 ans, l'autorisation du père ou de la mère ou du tuteur est requise), le testament (mais à partir de 16 ans et jusqu' à concurrence seulement de la moitié de la quotité disponible), la reconnaissance d'enfant naturel, la naturalisation, l'acquisition ou la répudiation de la nationalité française; s'il a plus de 18 ans, l'acceptation d'un mandat à condition d'avoir le discernement nécessaire, l'acquisition des menus objets nécessaires à la vie courante mais sous réserve de l'application de l'adage *Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam loesus*”. *Leçons de Droit Civil*. T. I 4.^a ed. V. 3.º. París, 1970. Vid. pág. 604.

(26) Los subrayados son míos.

(27) El Código civil italiano no contiene expresamente ningún precepto similar de carácter general, si bien, como contrapartida, la emancipación del menor tiene un alcance especialmente limitado (“L'emancipazione conferisce al minore la capacità di compiere gli atti che non eccedono l'ordinaria amministrazione”, artículo 394, párrafo 1.º) y, además, es revocable, salvo cuando se basa en el matrimonio del menor (“Quando gli atti del minore ne dimostrano l'incapacità ad amministrare, l'emancipazione accordata per l'art. 391 può essere revocata dal giudice tutelare su istanza di chi richiese l'emancipazione o anche d'ufficio, sentito il minore”, artículo 398, párrafo 1.º). BARBERO, *Sistema del Diritto privato italiano*. V. I. Torino, 1962. Vid. págs. 153-154; BARASSI, *Istituzioni di Diritto civile*. 4.^a ed. Milano, 1955. Vid. págs. 256-257; MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*. 9.^a ed. V. 1.º. Milano, 1957. Vid. pág. 238; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*. 15.^a ed. Padova, 1966. Vid. pág. 80.

El Código civil portugués prevé también la revocación de la emancipación judicial (artículos 135 y 137), así como emancipaciones restringidas a ciertos actos o categorías de actos (artículo 136).

En cambio, el Código civil italiano sí contiene alguna norma similar de carácter concreto: “Il minore che ha compiuto diciotto anni può validamente effettuare depositi a risparmio e fare prelevamenti sui medesimi, salva l'opposizione del suo legale rappresentante” (artículo 1.837, párrafo 1.º). TONDO: “Sembra che la facoltà di opposizione riguardi sia l'effettuazione del deposito, sia l'effettuazione dei prelevamenti, e che, inoltre, l'esercizio dell'opposizione stessa automaticamente estingua nel minore la speciale capacità accordatagli, facendo rivivere le ordinarie regole sulla capacità di agire, senza che la banca possa sindacare la concreta fondatezza o giustificazione dell'opposizione”. *Commentario teorico-pratico al codice civile diretto da V. de Martino*. L. IV. *Dei contratti bancari art. 1834-1860*. Roma, 1970. Vid. pág. 140.

autorización general con respecto a los mismos y, consecuentemente, sus actos no serán impugnables (28).

Pero la relevancia jurídica de la vida independiente del menor no se reduce a esta autorización para que gestione algunos bienes de su patrimonio, sino que afecta también al usufructo legal que, en principio, corresponde a los padres sobre los bienes de los hijos no emancipados. En efecto, los bienes entregados a la administración del menor de vida independiente salen de ese usufructo legal, pasando a ser disfrutados por su propietario (el menor), que es ahora quien los administra. Así se justifica, desde una perspectiva técnica, la especialidad de la segunda parte del artículo 160 para los mantenedores de esta segunda interpretación de la misma. En efecto, ya hemos visto cómo, reducido dicho precepto a conceder una autorización genérica al menor no emancipado, resultaría totalmente supérfluo, puesto que dicha autorización puede ser concedida aunque el menor no goce de vida independiente. Así se deduce de la teoría general de la representación legal (29) y, concretamente respecto a la patria potestad, del artículo 161 del Código civil, en el que se prevé la administración de bienes de los padres por el hijo no emancipado y sin vida independiente. Con mayor razón, pues, será esto posible cuando los bienes entregados en administración sean los propios del hijo. Ahora bien, como apuntábamos, la especial consideración que el artículo 160 hace de la vida independiente del menor se justifica al privar a los padres del usufructo correspondiente de los bienes entregados al menor para su gestión.

De esta forma el hijo menor no emancipado puede ocupar tres posiciones con respecto a sus bienes, a voluntad de sus padres. La situación normal es la descrita en los artículos 159 y 160 (primera parte): el hijo conserva únicamente la propiedad de sus bienes y el padre (o la madre) tiene su administración y usufructo.

Una segunda posibilidad es que el padre autorice al hijo la administración de sus bienes (de parte o de todos), en cuyo caso conserva sólo el usufructo. No creo que existan dudas sobre este último extremo, puesto que no existe ninguna norma para tal caso en contra

(28) COMAS hace la siguiente observación sobre las consecuencias del artículo 160 para la seguridad del tráfico: "No hay que olvidar que, mientras subsista la autoridad paterna, el permiso del padre para que el hijo pueda hacer vida independiente ha de ser siempre revocable o modificable, exponiendo por este carácter, esencialmente potestativo o voluntario, lo mismo los intereses de los hijos que la certidumbre y estabilidad de las relaciones con terceros, toda vez que al fin afecta a una materia tan trascendental como es la capacidad para la administración y disposición de los bienes, y mucho más si se tiene en cuenta que no existiendo, como no existe, prescripción que obligue a inscribir o anotar en el Registro civil aquel permiso del padre capaz de determinar en el hijo, respecto a algunos de sus bienes, la condición de emancipado, carecen los terceros de la defensa que en caso de verdadera emancipación previene el artículo 316 del Código." *La revisión del Código civil español*. Exposición de motivos. T. II. Parte especial. Madrid, 1895. Vid. pág. 363.

(29) DE CASTRO, *Derecho civil*... Vid. pág. 200.

de la regla general sentada en la primera parte del artículo 160. Además, no hay razón para que el trabajo de administración del menor tenga un trato más favorable que el que recibe su trabajo o industria cuando opera sobre otros bienes (30). Finalmente, la separación de administración y usufructo de unos mismos bienes no plantea ningún problema técnico por lo que se refiere a nuestro Código civil (Vid. los artículos 494 y 520) (31).

La tercera situación es precisamente la que ofrece la vida independiente del hijo, acaparando la administración y el usufructo de sus propios bienes, cuya gestión le haya sido confiada precisamente como consecuencia de esa vida independiente.

(30) En el artículo 161 el hijo detenta sólo la administración (en principio). BURÓN: "los bienes que los hijos adquieran con caudal de los padres (peculio profecticio) pertenece a éstos la propiedad y el usufructo y a aquéllos la administración". *Derecho civil español*. T. I. Valladolid, 1898. Vid. páginas 594-595. CASTÁN TOBEÑAS: "los hijos tienen sobre tales bienes únicamente la administración precaria que les hayan concedido sus padres (de los cuales son verdaderos mandatarios);...". *Derecho civil...* T. V. V. II. Vid. página 166. DÍAZ GUIJARRO/MARTÍNEZ RUIZ, *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*. T. II. Bilbao, 1900. Vid. págs. 277-278. MANRESA: "El artículo 161 no habla de la administración en los bienes a que se refiere; pero como el 159 es de aplicación general, es indudable que corresponde al padre en todos los casos que aquél menciona". Op. cit. Vid. pág. 54. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*. T. V. 2.^a ed. V. 2.^o. Madrid, 1912. Vid. págs. 1150 y 1158-1159.

(31) Ciertamente con frecuencia los padres cederán a sus hijos las ganancias obtenidas con esta administración. Puesto que así se prevé para el caso del artículo 161, mayor razón hay para aceptarlo en este supuesto, incluso sin necesidad de que la cesión sea expresa, ya que se trata de la administración de bienes pertenecientes al hijo mismo. Cesión que se puede configurar como una renuncia (expresa o tácita) al usufructo de tales bienes.

Mucius da la siguiente explicación de la cesión prevista en el artículo 161: "El Código ha abandonado en este punto a la Ley de Matrimonio Civil, que no establecía derecho alguno en favor del hijo, para volver en cierto modo a la legislación de Partidas, que en la 5.^a, tít. IV, ley 3.^a, le permitía dar alguna cosa, aun del peculio profecticio, a la madre, hermana, sobrina u otros parientes, para casamiento u otra cosa necesaria, así como para sus maestros.

Este precepto de que no estén sujetas a colación las ganancias que obtenga con los bienes del padre, es una excepción de la doctrina del artículo 1035...

Puede ocurrir que las ganancias que produzca el caudal de los padres sean de tal entidad que constituyan a su vez un nuevo capital, y ocurre preguntar, bajo el supuesto de que los padres le cedan tales ganancias, ¿qué derechos competirán al hijo en él? ¿De quién será la propiedad y quién gozará del usufructo? La contestación es fácil, y casi se impone, atendiendo al modo de adquisición de derechos ganancias. El hijo hace suyas éstas por la cesión de sus padres, es decir, en virtud de una *donación* de éstos. Se trata, pues, de bienes adquiridos por título *lucrativo* (y esto mismo resulta teniendo en cuenta que las utilidades las obtiene el hijo mediante su *trabajo o industria*), y en nuestra opinión hay que aplicar el criterio establecido en el artículo 160, a saber: la propiedad del hijo, el usufructo y la administración de los padres, y si aquél, de conformidad con los mismos, y a causa de la naturaleza del negocio viviere independiente de éstos, entonces deberá tener el dominio, el usufructo y la administración". Op. cit. Vid. págs. 286-287. No estoy de acuerdo en que la cesión expresa de las ganancias corresponda a una donación. A mi modo de ver, en tal caso no existe una causa gratuita y, precisamente por ello, los bienes no son colacionables.

También en los ordenamientos que hemos visto se suele atribuir a los hijos el usufructo de los bienes que le hayan sido entregados o que le correspondan en administración. A veces, resultan incluso más generosos con el hijo, al no condicionar necesariamente semejante disfrute con una vida independiente del hijo:

“Os pais têm o usufructo dos bens do filho menor, com excepção:

e) Dos que o filho tiver adquirido por seu trabalho ou indústria, vivendo sobre si com permissão dos pais;

f) Dos que o filho tiver adquirido pelas armas, letras ou profissão liberal, vivendo ou não em companhia dos pais” (artículo 1.893 del Código civil portugués).

“Die Einkünfte des Kindesvermögens, die zur ordnungsmässigen Verwaltung des Vermögens nicht benötigt werden, sind für den Unterhalt des Kindes zu verwenden. Soweit die Vermögenseinkünfte nicht ausreichen können die Einkünfte verwendet werden, die das Kind durch seine Arbeit oder durch den ihm nach § 112 gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt” (parágrafo 1.649, párrafo 1.º del BGB). De donde se deduce que el usufructo de los bienes obtenidos por el hijo con su trabajo o industria le corresponde en principio (32).

“La jouissance légale ne s'étend pas aux biens que l'enfant peut acquérir par son travail...” (artículo 387 del Código civil francés).

“Non sono soggetti ad usufrutto legale:

1) i beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, ufficio, impiego professione o arte o in altro modo separatamente col proprio lavoro o con la propria industria” (artículo 324 del Código civil italiano) (33).

También el Código civil suizo (recuérdense los artículos 295 y 296 más arriba transcritos) atribuye al hijo el usufructo de los bienes que se le entregan para el ejercicio de una profesión o industria, pres-

(32) En todo caso, el derecho de los padres a disfrutar los bienes de sus hijos es muy peculiar, dada la redacción adoptada por el párrafo 2.º del mismo parágrafo 1649: “Die Eltern können die Einkünfte des Vermögens, die zur ordnungsmässigen Verwaltung des Vermögens und für den Unterhalt des Kindes nicht benötigt werden, für ihren eigenen Unterhalt und für den Unterhalt der minderjährigen unverheirateten Geschwister des Kindes verwenden, soweit dies unter Berücksichtigung der Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Beteiligten der Billigkeit entspricht. Diese Befugnis erlischt mit der Eheschliessung des Kindes”.

(33) BAVIERA: “In questo caso l'esclusione ripete il suo fondamento nella considerazione che il minore che è in grado di produrre dei beni è pure in condizione di poterne disporre con discernimento; en ella iniquità dell'attribuzione ad altri, sia pure il genitore, di beni che sono prodotti col lavoro del figlio minore”. *Diritto minorile*. Miliano, 1965. Vid. pag. 627.

cindiendo de que se produzca o no una situación de vida independiente.

Sin embargo, esta diferencia no es tan grande si se piensa que, tanto en el supuesto del apartado f) del artículo 1.893 del Código civil portugués, en los del párrafo 1.649 del BGB y en los de los artículos 387 del Código civil francés y 324 del Código civil italiano, como en el del artículo 296 del Código civil suizo, frecuentemente el hijo que trabaja independientemente o tiene una propia industria vivirá con independencia de los padres, si dicha independencia se entiende como puramente económica, de acuerdo con la interpretación que ha dado nuestra doctrina a la segunda parte del artículo 160, objeto del estudio aquí desarrollado.

Concluyendo pues, con la segunda versión que la doctrina española ha dado en torno a la vida del menor independiente del artículo 160 del Código civil, repetimos que esta no tiene como único efecto la atribución de la administración de ciertos bienes al menor, autorización para la que no sería necesaria dicha vida independiente, sino que además supone la extinción del usufructo legal de los padres por lo que a dichos bienes se refiere.

De ahí que resulte incorrecta la relación que se suele establecer entre supuestos de administración autónoma de bienes por un menor con el artículo 160 cuando dicha administración no se basa en una auténtica vida independiente del menor (34). Todos esos casos encuentran un respaldo jurídico suficiente en la figura de la autorización del representante legal (35). Por ello parece desproporcionado la referencia expresa o tácita que se hace en muchos de tales casos al artículo 160. Muestra especialmente significativa de lo dicho es el Reglamento Provisional para el Servicio de la Caja Postal de Ahorros de 13 de enero de 1916:

“Los menores y las mujeres casadas podrán hacer im-
posiciones y solicitar libretas sin intervención de sus re-
presentantes legales.

(34) Si bien es cierto que frecuentemente la entrega de bienes en administración implica también una entrega en usufructo. Argumento ex artículo 161 del Código civil. Vid. la nota 31.

(35) DE CASTRO: “La falta de concreción del artículo 160 ha permitido que otras disposiciones legales (sobre Caja Postal de Ahorros, Instituto Nacional de Previsión, Contrato de trabajo) y la práctica general, le utilicen con arreglo a las circunstancias para ampliar el mínimo de actos que el menor puede realizar con plena eficacia. Para ello, del hecho que el hijo gestiona cierto asunto por sí mismo, se deduce la presunción del consentimiento paterno (a tal efecto y medida). En estos casos, como en otros en que sin haber tampoco verdadera vida económica separada el menor habita en otro lugar o dispone de ciertos medios económicos a su arbitrio (por orden, o autorización del padre, también en este caso del tutor), juega otra presunción, la de un permiso o autorización para realizar los actos correspondientes al modo de vivir (ámbito de libertad, medios) de que se trate”. *Compendio de Derecho civil*. 5.^a ed. Madrid, 1970. Vid. pág. 198.

Las sumas impuestas directamente en la Caja por un menor o por un tercero en su nombre, y los intereses que devenguen, se considerarán siempre adquiridos con su trabajo o industria o a título lucrativo.

En su consecuencia, para el efecto de sus relaciones con la Caja, se reputará a los menores como emancipados correspondiéndoles el dominio, el usufructo y la administración de las cantidades depositadas” (tres primeros párrafos del artículo 17).

“Los menores de edad podrán solicitar sus reingresos sin la intervención de los padres o representantes legales, reputándoseles como emancipados en sus relaciones con la Caja postal” (párrafo 1.º del artículo 41).

Quizá se ha pretendido con tales presunciones salvar en todo caso las operaciones de la Caja Postal de Ahorros de cualquier tipo de impugnación, pero la redacción resulta claramente exorbitante en su referencia a la emancipación y al usufructo. Como decíamos, bastaría con entender que el menor cuenta con una autorización correspondiente para manejar las cantidades depositadas. Ahora bien, no cabe olvidar que esta consideración de “emancipaciones” parciales ha venido en cierto modo fomentada por la interpretación restrictiva del artículo 160 anteriormente expuesta.

El artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo presenta un buen ejemplo de lo que, a mi entender, resulta suficiente para legitimar plenamente la actuación de un menor dentro de un sector, incluso tan importante en este caso como el laboral (por afectar no sólo al ámbito patrimonial, sino también al personal):

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se deriven de su contrato y para su cesación. La autorización, no obstante, podrá ser condicionada, limitada o revocada por el representante legal”.

V. RAZONES QUE ABONAN UNA INTERPRETACION MAS AMPLIA

Como hemos estudiado, la interpretación restrictiva sobre la independencia realmente concedida al hijo no emancipado en la segunda parte del artículo 160 del Código civil recibe su principal apoyo de la interpretación histórica del mismo. También recibe un importante apoyo, aunque sea *a sensu contrario*, del rechazo de la primera interpretación expuesta, que considera al menor de vida independiente como un menor emancipado.

Sin embargo, dicha interpretación restrictiva no resulta satisfactoria hoy en día. La letra del artículo 160 permite una interpretación más amplia del precepto legal y no hay razón para rechazarla. Por el contrario, existe un buen número de argumentos a favor de la misma.

En efecto, en primer lugar, la consideración económica, social y jurídica del menor de edad ha cambiado mucho desde la fecha de promulgación de nuestro Código civil hasta nuestros días, lo que se confirma con la evolución legislativa por lo que se refiere a la fijación de determinadas capacidades especiales, así como de la mayor edad. En segundo lugar, la interpretación del artículo 160 que tratamos de impugnar da lugar a situaciones que resultan manifiestamente injustas. En tercer lugar, no parece que el mismo legislador de 1889 fuese claramente ajeno a una nueva valoración de la situación creada por la vida independiente del hijo menor no emancipado frente a las limitadas construcciones históricas sobre los peculios; y, en todo caso, dicha valoración tiene cabida en la redacción dada por aquél a los preceptos en cuestión. Finalmente, conviene no olvidar la posibilidad de ir homogeneizando el ordenamiento civil de nuestro Estado cuando ello resulta posible sobre la base de los textos legales ya existentes.

Un ejemplo sumamente expresivo del cambio que se produce en poco tiempo con respecto a la consideración del menor de edad lo encontramos comparando el amplio reconocimiento de capacidad que, como hemos visto, concede el Reglamento de la Caja Postal de Ahorros de 13 de enero de 1916 al menor de edad no emancipado, con la actitud adoptada frente al mismo por la Ley de 27 de febrero de 1908, que crea el Instituto Nacional de Previsión:

“Para disfrutar de las bonificaciones del Fondo general se requiere ser español, mayor de 18 años y residentes en España” (artículo 22, párrafo 1.º).

“El menor de edad y la mujer casada podrán solicitar a su nombre libretas de renta vitalicia a capital reservado, sin necesidad de ninguna autorización o consentimiento.

Para retirar alguna cantidad por razón de dicha libreta, necesitará el menor de 18 años autorización por el orden siguiente: del padre, de la madre, del abuelo paterno o del materno, del tutor, y a falta o en ausencia de ellos, de las personas o instituciones que hayan tomado a su cargo la manutención o el cuidado del menor...” (artículo 27, párrafos 1.º y 2.º).

Obsérvese que este cambio radical de criterio legislativo se opera en el brevísimo plazo de ocho años.

Pero abandonemos el terreno de la anécdota para contemplar brevemente la valoración jurídica de la capacidad del menor en algunos de los más importantes sectores de la realidad social.

Por lo que se refiere a la capacidad de actuación del menor frente a los diversos órganos del Estado, ya no parece ser criterio del legislador el adoptado en el artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”.

Frente a él se va extendiendo una nueva actitud recogida ya en varios preceptos que afectan a parcelas importantes de la actuación jurídica de las personas:

“Tendrán capacidad de obrar ante la Administración pública, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, la mujer casada y los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos cuya actuación está permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia del marido o persona que ejerza la patria potestad o tutela, respectivamente” (artículo 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

“Tendrán capacidad procesal ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, la mujer casada y los menores de edad en defensa de aquellos de sus derechos cuyo ejercicio está permitido por el Ordenamiento Jurídico Administrativo sin la asistencia del marido o persona que ejerza la patria potestad o tutela respectivamente” (artículo 27 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

“Quienes tienen capacidad para realizar un acto civil, la poseen para todas las actuaciones registrales relativas al mismo” (artículo 3.º del Reglamento del Registro Civil).

“Podrán comparecer como litigantes en causa propia ante las Magistraturas de Trabajo, además de las personas comprendidas en el artículo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los trabajadores de ambos sexos mayores de dieciocho años...” (artículo 9.º de la Ley de Procedimiento Laboral).

En todos estos preceptos se concede capacidad al menor para obtener el reconocimiento estatal correspondiente de aquellas situaciones jurídicas para las que el ordenamiento le otorga plena capacidad de obrar. A ello responde la fijación de los dieciocho años en el artículo 9.º de la Ley de Procedimiento Laboral, puesto que “Podrán contratar la prestación de sus servicios: a) Los mayores de dieciocho años, por sí mismos, vivan o no vivan con sus padres” (artículo 11

de la Ley de Contrato de Trabajo) (36). Capacidad laboral de los menores que es especialmente relevante en cuanto afecta a la enorme mayoría de las personas que han alcanzado dicho límite de los dieciocho años.

Pero no sólo es importante atender a estos datos en los que se fija normalmente la doctrina civilista al estudiar la mayor y la menor edad. A la hora de adoptar una postura que favorezca la potenciación de la capacidad de los menores (en especial la de los mayores de dieciocho años) —naturalmente dentro del margen de los textos legales vigentes— me parece importante no perder de vista la relevancia de la edad a efectos penales y militares (37). Resulta que al llegar a los dieciocho años se alcanza la plena responsabilidad penal, ya que a partir de entonces la edad no funciona ni siquiera como circunstancia atenuante (artículo 9.º, circunstancia 3.ª del Código penal). Y resulta también que con dieciseis años se ingresa como voluntario en el ejército (38), y con diecinueve se comienza el Servicio

(36) Artículo 3.º del Código civil italiano: "Il minore che ha compiuto gli anni diciotto può prestare in proprio lavoro, stipulare i relativi contratti ed esercitare i diritti e le azioni che ne dipendono, salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore".

LIGUORI/DISTASO/SANTOSUOSSO: "Nella *Relazione ministeriale al codice civile* al § 36 si legge il riconoscimento al diciottenne della capacità professionale "attua una giusta differenziazione fra coloro ché pur avendo compiuto l'età di diciotto anni, non pongono in essere alcuna attività professionale e permangono sotto la vigilanza di chi esercita la patria potestà e la tutela, e coloro che esercitando invece un'attività lavorativa dimostrano di aver raggiunto un grado di maturità psichica meritevole di particolare considerazione". E la stessa relazione prosegue aggiungendo che "non si è creduto conveniente di attribuire al genitore o al tutore la facoltà di opporsi alla scelta della occupazione effettuata dal minore. E ovvio che il padre o il tutore normalmente esercita sul minore l'autorità morale necessaria per distoglierlo da occupazione dannosa o comunque sconvenienti: onde non si vede la necessità di conferire loro un vero e proprio potere inibitorio, che in pratica potrebbe rendere vana la piena autonomia accordata al minore per quanto riflette l'attività lavorativa". *Commentario del Codice Civile*. Libro I. Tomo I. Torino, 1966. Vid. págs. 127-128. Nota 5.

(37) Lo que aparece reflejado en el segundo párrafo de la Exposición de Motivos del Decreto-Ley de 7-III-1937, que concede la emancipación a los mayores de dieciocho años alistados en el Ejército en tiempo de guerra: "..., y admitida la plena responsabilidad penal para los mayores de dieciocho años, edad en que el voluntario para empuñar las armas puede legalmente serlo, no es justo que, quien trata de cumplir el más sagrado de los deberes, y es susceptible de emancipación civil, se vea entorpecido por una causa ajena a su voluntad o por el ejercicio de acciones de individual indecisión del sujeto, siquiera sea en razón al sentimiento patriótico que la determina y por causas circunstanciales o de carácter nacional".

(38) Artículo 50 de la Ley de 27-VII-1968, reguladora del Servicio Militar: "El voluntariado normal se reclutará mediante selección realizada por el Ejército respectivo entre los que concurren a las convocatorias que se publiquen y reúnan las condiciones siguientes: b) Cumplir como mínimo diecisiete años en el de ingreso y no haber pasado su reemplazo a la fase de distribución del contingente obligatorio".

Militar obligatorio (39), quedándose así sometido a la disciplina militar y al Código de Justicia Militar (40).

Se podrá argüir que estos elementos no constituyen nuevos datos legislativos, y así es. Pero también parece cierto que subsisten en un nuevo contexto social, en el que los conceptos de responsabilidad y de libertad se encuentran estrechamente unidos: sólo cabe restringir la capacidad cuando se compagina coherentemente con una disminución de la responsabilidad. Pues bien, es evidente que esa coherencia no existe cuando un ordenamiento considera apto a un mayor de dieciocho años para hacer la guerra, para infligirle cualquier tipo de penas como consecuencia de sus actuaciones delictivas, para vender su fuerza de trabajo (el bien material más importante de que dispone cualquier persona), para realizar toda suerte de actividades peligrosas y de las que pueden derivar graves responsabilidades (41) y, al mismo tiempo, le niega normalmente la plena capacidad personal y en todo caso plena capacidad patrimonial (ya que en el mejor de los supuestos le somete a las restricciones de los artículos 317 y 688 del Código civil). Es sumamente chocante la preocupación que muestra nuestro Ordenamiento por los préstamos y la enajenación de bienes inmuebles, o por los testamentos ológrafos, frente a su relativa despreocupación por problemas que afectan directamente a la vida de las personas. Revela esta comparación un desajuste que nos gustaría ver legislativamente salvado en un próximo futuro, tal y como cabe esperar de la evolución que ha sufrido el Ordenamiento español en estas materias.

En efecto, nuestro Ordenamiento no sólo ha ido fijando capacidades especiales para los menores de edad en los sectores en los que ésto resultaba más acuciante por el desarrollo económico-social, como hemos visto más arriba, sino que ha alterado el mismo límite de la mayor edad. La Ley de 13 de diciembre de 1943 sobre la fijación

(39) Artículo 14, párrafo 1.º, de la Ley de 27-VII-1968: "A los efectos de esta Ley se entenderá por reemplazo anual el conjunto de individuos que en el año cumplan veinte de edad y..."

(40) Aunque no quepa deducir ninguna conclusión clara de ello, tampoco está de más recordar la edad que los textos constitucionales han ido señalando para marcar la mayoría de edad de nuestros monarcas: dieciocho años en las Constituciones de 1812 y 1869, y en el Estatuto de Bayona; catorce años en las Constituciones de 1837, 1845 y 1856 (debido sin duda a la edad de Isabel II); dieciséis años, finalmente, en la Constitución de 1876 (posible reacción frente a la Constitución de 1869). Puede, pues, aventurarse que la mayor edad *normal* (sin factores históricos distorsionantes) de nuestros monarcas desde el siglo XIX fueron los dieciocho años. Y no se olvide que, como monarcas absolutos, no sólo reinaban, sino que también gobernaban.

Tampoco creemos que pueda calificarse de normal la edad de treinta años establecida en el artículo 9.º de la Ley de 26-VII-1947 de Sucesión en la Jefatura del Estado.

(41) Así, conducir un vehículo (Vid. los artículos 262, 264, 265 y 272 del Código de la circulación, por lo que a la obtención de permisos y licencias de conducción se refiere) o practicar la caza (Vid. los artículos 3 de la Ley y del Reglamento de caza).

de la mayoría de edad civil rebajó ésta a los veintiún años frente a los veintitrés años adoptados en el artículo 320 del Código civil. Pero, a pesar del estilo grandilocuente de su Exposición de Motivos, quizá el legislador se quedó corto en su reforma, puesto que no hizo sino equiparar la mayor edad española con la que se disfrutaba ya en los demás países europeos, precisamente en un momento en el que había que ir pensando en una nueva reducción de esa mayor edad tal y como lo demostró posteriormente el legislador español con las normas especiales citadas y algún legislador extranjero con la reciente fijación de la mayor edad en los dieciocho años (42).

Una valoración de la situación a que conduce la interpretación restrictiva del artículo 160 (segunda parte) aquí combatida no puede olvidarse de sus repercusiones sobre el usufructo legal de los padres establecido en la primera parte del mismo artículo. Todo aquello que no sea entregado o dejado al menor para su administración autónoma seguirá siendo usufructuado por los padres. Es oportuno, pues, preguntarse sobre las razones que abonan la subsistencia parcial del usufructo legal de los padres.

La doctrina ha adoptado diversas posturas en torno al fundamento del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos sometidos a la patria potestad (43). Para unos, se persigue con él

(42) Así, en Gran Bretaña, con la Family Law Reform Act de 1969.

(43) Hay quien mantiene una postura manifiestamente contraria al mismo. Así, MAZEAUD/DE JUGLART. *Leçons de Droit Civil*. T. I. 4.^a ed. V. 3.^o. París, 1970: "En conférant le droit de jouissance légale au *paterfamilias*, Constantin n'a pas pourvu celui-ci d'un droit nouveau; il a, au contraire, portant une première atteinte à l'absolutisme de la *patria potestas*, retiré au *pater* une partie de ses prérogatives qui auparavant étaient celles d'un propriétaire sur certains des fils de famille; il n'a laissé subsister que le droit d'usufruit, qui correspondait à l'idée que l'on se faisait encore de l'autorité paternelle.

Aujourd'hui, l'autorité paternelle n'est plus un droit pour le père, mais une fonction qu'il exerce dans l'intérêt de l'enfant; il semble donc que le droit de jouissance légale ne soit plus qu'un anachronisme. On peut cependant plaider en faveur de son maintien, car il légalise une situation de fait: l'absence des comptes tenus par les parents. Il faut, d'ailleurs, reconnaître que, dans la pratique, les comptes ne sont pas mieux tenus quand l'enfant atteint dix-huit ans" (pág. 516).

"Malgré le rôle égalitaire que peut être appelé à jouer le droit de jouissance légale, la Commission de réforme du Code civil réclame sa disparition; du moins précise-t-elle que le père peut prélever sur les revenus de l'enfant les sommes nécessaires à son entretien (art. 581). La Faculté de droit de Paris, consultée sur l'avant-projet de la Commission, s'est, au contraire, prononcée pour le maintien du droit de jouissance légale" (pág. 518).

BAVIERA combate esta misma tendencia restrictiva en la doctrina italiana: "Pur rinviando alle trattazioni citate in nota per l'esame più approfondito della regolamentazione dell'usufrutto legale, è opportuno accennare tuttavia ad alcune affermazioni che, valorizzando eccessivamente la funzione strumentale dell' istituto, pervengono in definitiva alla sua negazione.

Si è infatti sostenuto che, poichè l'art. 147 cod. civ. impone ai genitori l'obbligazione di mantenere e istruire la prole, vincolando a ciò le sostanze dei genitori, costoro debbono destinare a tale scopo i propri beni, e, solo in mancanza, possono erogare le rendite del figlio.

conceder a los padres una contraprestación por los deberes derivados de la patria potestad: alimentar a los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos (artículo 155, número 1.º) (44). Evidentemen-

Nella prima ipotesi quindi i redditi del figlio dovrebbero essere accantonati e capitalizzati. Si aggiunge ancora che in nessun caso tali rendite possono essere utilizzate dal genitore, il quale in conseguenza, non avrebbe un diritto soggettivo (anche perchè indisponibile) ma solo un *officium*.

Una tale costruzione, che identifica l'usufrutto legale con il potere di amministrazione, ed in conseguenza lo distrugge, non può accettarsi. Essa infatti si fonda su una assoluta prevalenza dell'articolo 148 cod. civ. sull'art. 324, mentre al contrario le due norme debbono coordinarsi.

Chè, se è vero che l'art. 148 cod. civ. impone ai coniugi il dovere di provvedere con i propri beni ai bisogni del figlio, non è men vero che l'art. 324 cod. civ. attribuisce al genitore esercente la patria potestà l'usufrutto sui beni di lui, e cioè, secondo il valore che il termine usato dal legislatore ha in altra sede dello stesso codice, e secondo il significato tecnico-giuridico e comune di esso, gli conferisce la proprietà dei frutti prodotti dai beni del figlio. La limitazione di tale statuizione generale alla sola ipotesi di fatto in cui manchino beni propri ai genitori è certamente arbitraria e viola la lettera e lo spirito della legge.

Peraltro è da notare che il capoverso dello stesso art. 324 cod. civ. introduce delle limitazioni ed eccezioni al principio, il quale deve avere applicazione al di fuori di ogni altra eccezione, quale non può esser considerata la statuizione dell'art. 148 cod. civ. che è invece norma generale.

Conferma di quanto sostenuto si trova osservando l'incidenza del dovere e del diritto: questo è conferito al genitore esercente la patria potestà, quello ad entrambi i genitori e subordinatamente agli ascendenti. Non può quindi l'una norma influire sull'altra". *Diritto minorile*. Milano, 1965. Vid. páginas 624-625.

(44) DÍAZ GUIJARRO/MARTÍNEZ RUIZ. Op. cit.: "... si el hijo, con consentimiento de los padres, viviere independientemente de éstos, tendrá sobre los bienes que adquiera en la forma antes expresada, no sólo la propiedad, sí que también el usufructo y la administración. Esta diferencia de criterio se explica perfectamente con sólo considerar que entonces el hijo lo que adquiere por su trabajo, industria o título lucrativo, lo que necesita para su propio sostenimiento, y que entonces no goza de los beneficios de la vida en familia". (Vid. pág. 290).

"De cuanto se deja expuesto se deduce que el derecho de usufructo, aunque cede en beneficio de los padres, responde según se deja indicado, a cubrir las propias necesidades del hijo y a sufragar los gastos de su alimentación, educación e instrucción, según el artículo 155 del Código; constituyendo de este modo tal usufructo un derecho, y al mismo tiempo el cumplimiento de un deber, hasta el punto de que... el deber se antepone al derecho, de tal suerte, que en concurrencia el hijo con los acreedores del padre, tiene aquél preferencia sobre éstos en el mencionado usufructo, no siendo embargable ni respondiendo a terceras obligaciones más que en la parte que se justifique no es necesario para cubrir las necesidades del hijo" (Vid. pág. 291).

En el mismo sentido, Vid. CODERCH MANAU, *Tratado de la menor edad*. Barcelona, 1917. Vid. págs. 28-29; LEHMANN, *Derecho de Familia*. V. IV. Traducción de la 2.ª ed. alemana por J. M. NAVAS. Madrid, 1953. Vid. página 321; MÁNRESA, *Comentarios...* Vid. págs. 54-55; OYUELOS, op. cit. Vid. página 269; PORCEL Y SOLER. *Estudio sobre la patria potestad*. Vid. pág. 106.

STS. de 7 de julio de 1892: "Considerando que, según el artículo 65 de la Ley de Matrimonio Civil, corresponde al padre, y en su defecto a la madre, el derecho a usufructuar los bienes privativos de sus hijos no emancipados, en cuanto ejerzan sobre ellos la patria potestad; y siendo esta potestad, no la mera condición de padre, el título en virtud del cual se adquiere aquel derecho, claro es que no se ha establecido en provecho personal y exclusivo del

te esta explicación resulta excesivamente simplista y no justifica que los padres hagan suyos los frutos cuyo valor supere el de las prestaciones enumeradas (45). Pero, en todo caso, lo que parece claro es

usufructuario, sino en beneficio de la familia por él regida y con el fin principal de ayudarle a levantar las cargas inherentes a la patria potestad, entre las cuales se cuenta la de criar, alimentar y educar a la prole; resultando por ello subordinado el goce de aquel derecho al cumplimiento de este deber, cuya subordinación es tanto más evidente cuanto que por el solo objeto de que en todo caso pueda hacerse efectiva anteponiendo el cumplimiento de las obligaciones familiares a las personales del usufructuario, ha declarado el artículo 108 de la Ley Hipotecaria que esta especie de usufructo no es hipotecable”.

STS. de 27 de septiembre de 1893: “Considerando que, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de julio de 1892, el usufructo establecido por la ley a favor del padre o de la madre, en virtud de la patria potestad que ejercen sobre sus hijos, se halla, por su naturaleza, primordialmente afecto al cumplimiento del deber de crianza, alimentación y educación de éstos, constituyendo, consiguientemente, tal obligación un título del mejor derecho de los hijos a ser atendidos con el importe de dicho usufructo sobre el de cualquier otro acreedor ordinario, por razón de deudas que la sociedad legal, o bien el padre o la madre, hayan podido contraer respectivamente”.

En esta misma línea se colocan expresamente los artículos 385 del Código civil francés, 325-326 del Código civil italiano, 293 del Código civil suizo. Asimismo, la disposición transitoria 5.^a del Código civil.

(45) VALVERDE: “Pothier cree que el usufructo legal no es más que la compensación que reciben los padres por la educación que tienen que dar a los hijos, pero como se comprenderá, la compensación dicha está en oposición a la naturaleza del deber de educación, que siendo de carácter moral, no es susceptible de ser compensado con dinero. Proudhon, Laurent y Toullier vienen en sustancia a defender idéntica tesis, considerando al usufructo como un derecho pecuniario, y en el mismo concepto la estima la relación ministerial del código italiano. Mas dada la índole de la patria potestad en el derecho moderno siendo ésta una institución protectora establecida en bien del hijo y no un derecho del padre, el usufructo legal no puede tener el concepto de un derecho pecuniario, sino de un atributo de la patria potestad.

Considerando el usufructo como una ventaja pecuniaria, no del hijo, sino del padre o de la madre, no se puede justificar, según advierte atinadamente Lomonaco y, por consiguiente, de su concepto ha de excluirse toda razón económica de los deberes del padre de familia, considerándola por lo mismo una institución basada en una idea altamente moral y como un medio para conseguir la realización de los fines que incumben al ejercicio de la patria potestad (Nota 1: Aunque el Código civil nuestro tiene la tendencia de asimilar el usufructo legal y el voluntario y la Sentencia de 27 de febrero de 1893 establece que el padre o madre que percibe el usufructo una vez satisfechas con las rentas e intereses de los bienes las atenciones del menor, según su posición social, el sobrante de dichas rentas corresponden al padre usufructuario, preciso es decir que ésta es doctrina contraria a la naturaleza del usufructo del padre que ejerce la patria potestad y opuesta a los principios más elementales de moral. El padre tiene el usufructo como atributo de la patria potestad, y ésta se da más bien que como un derecho del padre como una obligación y un deber en beneficio de los hijos, por consiguiente es notoriamente inmoral que el padre en el ejercicio de esa función protectora y de interés público se enriquezca a costa de sus propios hijos, pues desde el punto de vista económico, si la doctrina de la sentencia aludida se mantiene, resultarán los hijos más perjudicados con la patria potestad que si estuvieran sometidos a tutela, porque el tutor no podría percibir más que el tanto por ciento asignado como retribución. Preciso es, pues, rectificar esa orientación que se da al usufructo legal, tanto más si se tiene en cuenta que aun dentro de

que esta justificación de la contraprestación no vale para el supuesto que consideramos. En la vida independiente el menor tiene plena autonomía económica frente a sus padres; vive con total independencia de ellos, aunque *circunstancialmente* siga habitando en el mismo domicilio. Consecuentemente ha dejado de beneficiarse de los deberes que podrían fundamentar la continuación del usufructo legal de los padres, aunque sólo fuese sobre una parte de su patrimonio.

Una segunda explicación de dicho usufructo legal que resulta más coherente, hace referencia a la misma unidad de vida que constituye la familia para todos sus miembros (46). De la que deriva el deber para todos sus miembros de aportar medios económicos en la medida de sus fuerzas y de sus patrimonios. Así pues, el usufructo legal de los padres correspondería, bajo este punto de vista, a la vida comunitaria característica de la familia (47). Ahora bien, de nuevo en nuestro supuesto vemos cómo quiebra esa vida comunitaria con respecto al menor que se independiza.

En la misma línea argumental se encuentra la alusión a la igualdad del nivel económico de todos los miembros de la familia (48).

nuestra legislación tiene características como la de la inalienabilidad, la de no ser susceptible de hipoteca y la de ser personalísimo que le diferencian fundamentalmente del usufructo voluntario. Es más, en la doctrina científica hasta se niega el carácter de real al usufructo familiar por ciertos autores, y alguno como Dernburg, dice que el disfrute paterno y matrimonial son derechos cercanos al usufructo...). Op. cit. Vid. págs. 508-509.

BAVIERA: "Ed ancora: l'art. 325 cod. civ. disponendo che debba gravare sull'usufrutto legale l'onere per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del figlio, lo pone sullo stesso piano di tutti gli altri pesi inerenti all'usufrutto ordinario, implicitamente disponendo che il genitore può rivo.gere a proprio vantaggio le rendite dopo avere adempiuto quei doveri, e nel contempo, che la soddisfazione di quei bisogni trova la sua prima fonte in tale cespiti.

In conclusione deve riconoscersi all'usufrutto legale una particolare natura che lo pone, rispetto all'usufrutto ordinario, in rapporto di specie a genere; che gli attribuisce funzione strumentale perche diretto in primo luogo al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, pur senza perdere la natura di diritto reale e di diritto soggettivo del genitore.

Per i principii e le regole particolari enunciate, si determina in realtà una forma di confusione dei redditi del figlio con quelli del genitore, il quale amministra i primi per un titolo proprio, oltre che come rappresentante del figlio; la principale conseguenza (che ne è al contempo il principio informatore) e che non può essere chiamato a rendere conto della destinazione dei frutti pur essendo per altro senso tenuto ad adempire, in primo luogo e in modo confacente, gli obblighi fondamentali verso il figlio". *Diritto minorile*. Milano, 1965. Vid. págs. 625-626.

(46) El artículo 166 constituye un argumento a favor de esta justificación del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos. En efecto, tanto el hijo natural como el adoptivo disfrutan sólo de un "status filii" y no de un "status familiae". Por lo que resulta lógico que, al ser exclusivo de la unidad familiar, ésta no puede beneficiarse de sus bienes a través del usufructo de los padres.

(47) CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad*. Madrid, 1960. Vid. página 270-271.

(48) GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*. München/Berlin, 1964. Vid págs. 594-595; ROYO MARTÍNEZ: "Es, ante todo, de señalar que el Código no establece la necesidad de que haya proporción alguna entre los frutos que

Pero dicha igualdad sólo funciona plenamente cuando subsiste la unidad familiar. Una vez rota ésta con respecto a algún miembro, ya sólo se mantiene de una forma mucho más atenuada, a través del deber de alimentos (artículos 142 y siguientes del Código civil) (49).

Permitiendo que los padres se reserven la administración de los bienes que crean oportuno y, en especial, los que procedan de adquisiciones a título gratuito, tal y como propugna la interpretación restrictiva del artículo 160 del Código civil, se les concede una auténtica renta a título gratuito, cuya cuantía depende de su arbitrio y que incluso podrán aumentar o disminuir según sus necesidades, entregando bienes o exigiendo su devolución al hijo menor. Condicionando de esta forma el nivel económico del mismo y restringiendo precisamente aquella parte de su patrimonio (la recibida a título gratuito) que le permitiría elevar la posición económica y social ya alcanzada con su trabajo. Y no se olvide que se trata de un menor que está demostrando día a día su capacidad de autogobernarse, es decir, de ser considerado como mayor. Por lo que cualquier referencia a la necesidad de controlarle parece inoportuna si no se matiza adecuadamente.

Cierto que se podría pensar que en tal caso los padres sólo conservarían la administración, pero no el usufructo. Sin embargo, el tenor literal del artículo 160 no permite semejante distinción. Al hablar de los bienes del menor en su segunda parte ("dichos bienes"), les concede un régimen unitario (el menor será considerado como emancipado a los efectos relativos a los mismos, "y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración"). Los bienes excluidos de este régimen se verán sometidos al de los artículos 159 y 160 (primera parte): administración y usufructo del padre (o madre).

el progenitor que desempeña la patria potestad perciba por virtud del usufructo legal que le corresponde y el valor atribuible a la carga que pueda representar el cuidado, alimentación y educación del hijo. Parte de nuestra doctrina prueba esta omisión del Código, pues, en los supuestos de hijo muy rico, permite que el padre reciba mucho más de lo que ha de dar. En general, no comparto este criterio, y estimo aceptable la solución del Código, de una parte porque en el seno de la comunidad familiar reducida (cónyuges e hijos menores) es de desear la unidad en el tono de vida, y el usufructo paterno permite que ambos cónyuges y todos los hijos, tanto el hijo rico, si lo es uno sólo, favorecido por donación o herencia cuantiosa, como los restantes hermanos guarden ese nivel común; y de otra parte, porque si no se limitan los deberes de los padres respecto del hijo sin bienes propios, no sería equitativo establecer lo contrario cuando la hipótesis sea opuesta". *Derecho de Familia*. Sevilla, 1949. Vid. pág. 300.

En el mismo sentido COMAS, op. cit. Vid. págs. 356-360.

(49) En contra, DE CASTRO: "También sería contradictorio, con el fin del usufructo legal del padre, el que por la vida independiente del hijo hayan de entregársele todos los bienes que le pertenezcan a título lucrativo; pues el usufructo en nuestro Derecho no se establece como correlativo de los alimentos prestados por el padre al hijo que vive en su compañía, sino en beneficio de toda la familia regida por el padre (art. 1.403 C. c., Ss. TS 7 de julio 1892 y 27 septiembre 1893)". Op. cit. Vid. pág. 195. Nota 4.

Semejante interferencia de los padres en los bienes del menor de vida independiente, propugnada por la interpretación contraria al reconocimiento de una emancipación del mismo, parece especialmente inícuca si se piensa que aquéllos están libres en este supuesto de la más mínima responsabilidad extracontractual por las actuaciones del menor, única vía por la que su patrimonio personal se podría ver afectado como consecuencia de la subsistencia de la patria potestad.

En efecto, el artículo 1.903 establece la responsabilidad extracontractual de los padres por los perjuicios causados por los hijos, basándose en una presunción de culpa *in vigilando* (último párrafo). Por ello, el párrafo 2.º del artículo 1.903 se refiere a los hijos que viven en compañía de sus padres. Ciertamente que ello no permite liberarse automáticamente de esa responsabilidad con un simple alejamiento fáctico del hijo menor. En este sentido, la doctrina entiende correctamente que la responsabilidad se extiende a aquellos supuestos en que subsista el deber de vigilancia del menor en base a lo establecido en el artículo 155, número 1.º. Y así parece que debe entenderse también la primera regla del artículo 20 del Código penal, a pesar de su tenor literal ("los que los tengan bajo su potestad o guarda legal"). Pero precisamente en el caso de vida independiente cesan los deberes enumerados en el artículo 155, número 1.º, de los que deriva el deber de vigilancia del hijo sometido a patria potestad. Con lo que deja de funcionar el presupuesto de aplicación de esa responsabilidad extracontractual de los padres por los actos del hijo... Y sin embargo, seguirán gozando del usufructo legal de parte de los bienes de aquél, según la interpretación del artículo 160 que entiendo rechazable.

Ciertamente que damos por sentado que la vida independiente del hijo esté basada en una autorización justificada del padre (o madre) y no en una actitud de abandono para liberarse de los deberes propios de la patria potestad (50). En tal caso, entendemos que la realización de un acto delictivo o cuasidelictivo por parte del menor no viene a demostrar necesariamente la inoportunidad de aquella autorización.

Frente a la interpretación histórica del artículo 160 del Código civil se puede oponer también la duda sobre el alcance que nuestros codificadores quisieron dar a esta situación de vida independiente del menor no emancipado. ¿La redacción del artículo 160 se debe a una defectuosa transcripción de los preceptos correspondientes de la Ley de Matrimonio Civil o, por el contrario, las diferencias frente a aquélla fueron conscientes y queridas? No es fácil dar una contestación firme a semejante interrogante. Pero, en todo caso, se puede poner en duda la existencia de una clara y firme voluntad de los redactores del Código civil para recoger *exactamente* en él nuestro Derecho histórico sobre los peculios con las modificaciones introducidas

(50) Lo que constituiría además una falta. Artículo 584, número 5.º y 6.º del Código penal.

en el mismo por la Ley de Matrimonio Civil de 1870. Baste para ello con apuntar tres observaciones.

La actitud que adopta nuestro Código civil frente al hijo no emancipado que trabaja (en el sentido genérico de la palabra) es muy distinta a la que adopta frente al que no trabaja. Lo que fácilmente se aprecia al fijar en uno y otro caso los límites de la facultad que tiene el titular de la patria potestad de castigarles moderadamente. Así vemos que el artículo 157 del Código civil prevé el control judicial de las medidas de detención correccional que el artículo 156, párrafo 2.º brinda al padre (o madre) “cuando el hijo no emancipado ejerza algún cargo u oficio”: “...el padre o la madre... tendrán que manifestar al Juez los motivos en que fundan su acuerdo de castigarle; y el Juez oirá, en comparecencia personal, al hijo y decretará o denegará la detención sin ulterior recurso”. En cambio, en los demás casos bastará “la orden del padre o madre, con el V.º B.º del Juez, para que la detención se realice”.

Esta distinción resulta sumamente reveladora si acudimos a sus antecedentes históricos. Se encuentran en los artículos 147 y 148 del Anteproyecto de 1851, de donde pasa dicha regulación a los artículos 123 y 124 del Anteproyecto del Código civil de 1882-1888. Se trata de preceptos sin raigambre jurídica en nuestro país, ya que proceden del Código civil francés (artículos 375 y siguientes), que se había propuesto reforzar de esta manera la facultad de castigar, inherente a la patria potestad, a cambio de eliminar la facultad de castigar corporalmente a los hijos, tradicionalmente atribuida al padre. En él se establece también la excepción de control judicial cuando el menor ejerce cualquier tipo de actividad lucrativa (51). Pero lo que parece especialmente significativo es que precisamente el usufructo legal (y, según cabe deducir, la administración) de los bienes que proceden de tales actividades corresponden excepcionalmente al hijo y no a los padres. Y este es el régimen recogido y ampliado por el Anteproyecto de 1851 para los mismos bienes:

“Pertenece al hijo en propiedad y usufructo:

2.º Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, no estando en compañía del padre.

3.º Los bienes que los hijos adquieren por ocasión de la milicia, o con el ejercicio de cargos o empleos civiles, de profesiones o artes liberales” (artículo 154).

“El hijo tendrá también la administración de los bienes comprendidos en los números 2.º y 3.º del artículo anterior, para cuyo efecto se le considerará como emancipado” (artículo 155).

(51) BAUDRY-LACANTINERIE/CHENEUX/BONNOCARRERE, *Traité théorique et pratique de Droit civil. Des personnes*. 2.ª ed. T. IV. Paris, 1905. Vid. págs. 148 y siguientes; LAURENT. *Principes de Droit Civil Français*. T. IV. 3.ª ed. Bruxelles/Paris, 1878. Vid. págs. 371 y siguientes.

Contrariamente a lo que una rápida lectura podría hacer pensar, en los dos números transcritos del artículo 154 del Anteproyecto de 1851 se está haciendo referencia a los peculios castrense y cuasicastrense, aunque este último resulte muy ampliado con el contenido del número 2.º (52). En efecto, la referencia al no estar “en compañía del padre, no tiene nada que ver con la vida independiente del menor, aunque, ya lo veremos más adelante, ha sido esta expresión equívoca la que ha conducido a configurar el supuesto de hecho de la segunda parte del artículo 160 tal y como aparece hoy en día. Con esa expresión, el Anteproyecto de 1851 quiere decir lo mismo que su modelo, el artículo 387 del Código Napoleón: “Elle (el usufructo legal) ne s’étendra pas aux biens que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés...” (53). Luego sólo nos encontraremos con una excepción a la regla de administración y usufructo del padre cuando los bienes del hijo procedan de un trabajo o industria que el hijo ejerza separadamente del padre y no bajo su dirección o colaborando con él. Ese es el sentido verdadero de la equívoca expresión en cuestión: “no estando en compañía del padre”. Y por ello cabe afirmar, como hemos hecho, que el control judicial de la facultad de castigo del padre se relaciona con los peculios castrense y cuasicastrense, es decir, con la situación del hijo menor no emancipado que tiene el usufructo y la administración de determinados bienes de su patrimonio, los obtenidos con su trabajo personal.

Cierto que esto ya no es así, puesto que ahora “los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria... pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o a la madre que le tengan en su potestad y compañía”. Pero la explicación que hemos dado parece demostrar claramente que el trato especial de los hijos que ejercen “algún cargo u oficio” no respondía originariamente a este dato en abstracto, sino a que tales actividades implicaban la administración y el usufructo del peculio correspondiente.

Pues bien, si en esos supuestos la relativa emancipación económica del menor daba lugar a un trato especial, incluso por lo que se refiere a las consecuencias personales de la patria potestad y, concretamente, en aquélla que sanciona la eficacia de las demás (el castigo

(52) Por ello afirmaba GARCÍA GOYENA con respecto al mismo: “El Derecho Romano y Patrio no reconocen esta excepción favorable al hijo, y que tiene por objeto dar alimento al trabajo y a la industria: sin embargo, era más importante y hasta necesaria en aquellos Códigos, puesto que ni la edad ni el matrimonio eran causas de emancipación”. Y con respecto al número 3.º: “los bienes comprendidos en este número formaban por Derecho Romano y de Partidas los peculios llamados *castrense* y *casi castrense*”. *Concordancias...* Vid. pág. 165.

(53) Ya cuando la actividad del hijo no es separada del padre, se entiende que lo producido por él queda incluido en el peculio profecticio (puesto que se trataría en principio de una industria del padre. Vid. LAURENT. Op. cit. pág. 427).

frente a la desobediencia del hijo no emancipado en alguno de los contenidos del número 1.º del artículo 155), ¿no se podrá predicar lo mismo, y de una manera más acentuada, en el caso del hijo que vive independientemente? Si, como parece, en el momento de la codificación se pensaba que un hijo relativamente independizado económicamente se veía sometido a un régimen más atenuado de la patria potestad (en el sentido de un mayor control judicial y, paralelamente, un menor arbitrio del padre o madre titular de aquélla), resulta lógico presumir que en el caso de una total independencia económica el respeto frente al hijo tenía que concebirse como a un mayor y que, por tanto, los poderes del padre o de la madre habrían de limitarse en su ejercicio arbitrario (exento de un control concreto).

La segunda indicación que deseamos hacer nos lleva al estudio del texto del artículo 160 en su primera parte en relación con la segunda. Parece claro que cuando en ésta se habla de “dichos bienes”, se hace referencia a los de la primera parte del artículo, “los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo”, sin excepción (54). En-

(54) MANRESA: “El artículo 160 concede al hijo que, con consentimiento de sus padres, vive independiente de éstos, el usufructo y la administración, no sólo de lo que haya adquirido y adquiriera con su trabajo o industria, sino también por cualquier título lucrativo”. *Sobre la emancipación...* Vid. pág. 308. MUCIUS: “Los bienes que menciona el 160 son los que adquiriera el hijo con su trabajo, industria o por cualquier título lucrativo. Es decir, que el Código ha refundido en una sola doctrina la del peculio adventicio, del castrense y del cuasi castrense. “Por su trabajo”, dice el artículo, esto es, por el ejercicio de cualquier oficio o profesión, y por el desempeño de todo cargo público. En una palabra, por todo lo que gane el hijo por sí, de cualquier modo que sea, con tal que no reconozca como origen el caudal de los padres.

Añade el artículo: “por título lucrativo”, empleando esta palabra en oposición a oneroso, esto es, por donación o herencia, corroborando esto último el artículo 968 del Código al expresar que “el viudo o viuda que pase a segundas nupcias estará obligado a reservar la propiedad... u otro cualquier título lucrativo”. *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*. T. III. Madrid, 1890. Vid. pág. 285. OYUELOS: “Comprende esta categoría de bienes: los que ganen los hijos por obra de sus manos, por algún menester, por otra sabiduría que hubiese, o por herencia o tesoro, o de otra manera. Esta enunciación corresponde al clásico peculio adventicio, porque venía de fuera y no de los bienes del padre, cabiendo agregar los bienes que adquirieran los hijos por ejercicio de cargos públicos, que antes constituían el peculio castrense o cuasicastrense, conceptos ambos englobados en la regla del artículo 160”. *Digesto*. T. I. Madrid, 1917. Vid. página 268. SÁNCHEZ ROMÁN: “..., no importa para nada la procedencia u origen de los bienes que constituyen el peculio del hijo no emancipado, ya sean producto del trabajo o industria, ya de cualquier título lucrativo. Lo único que el Código distingue en este punto es la situación de convivencia o de vida independiente de los hijos respecto de los padres, y según una u otra hipótesis, reconoce en la primera los derechos de administración (art. 159) y de usufructo (art. 160) al padre o madre que ejerza la patria potestad sobre los bienes del hijo no emancipado y el de propiedad a éste; mientras que en el caso de vida independiente otorga la plenitud de derechos sobre los bienes al hijo...”. Op. cit. Vid. pág. 1151.

En el mismo sentido, PORCEL Y SOLER. Op. cit. Granada, 1902. Vid. páginas 106 y 108.

tender que el legislador sufrió un error incluyendo en esta parte del precepto los bienes adquiridos a título gratuito y que por ello se debe dejar a la decisión de los padres su entrega o no entrega al hijo de vida independiente, parece un razonamiento excesivamente arriesgado desde un punto de vista exegético. Es cierto que el jurista que interpreta un texto legal puede y debe subsanar las erratas que se han producido en su redacción, así como las expresiones totalmente absurdas y carentes de sentido o contradictorias. Pero no parece admisible alterar el tenor literal de preceptos con un sentido coherente y claro, so pretexto de continuidad histórica. El artículo 160 dice con toda claridad que cuando el hijo viva "en potestad y compañía" de sus padres, éstos tendrán la administración y el usufructo de sus bienes. En cambio, cuando el hijo viva independiente (con el consentimiento de sus padres), será él quien tenga la administración y el usufructo de *esos mismos bienes*.

Y esos bienes, a pesar de la posible imperfección del artículo 160 en su descripción, son todos los del hijo no emancipado, aunque es frecuente encontrar una idea difundida entre los comentaristas de dicho precepto, según la cual la administración y usufructo del hijo no emancipado de vida independiente se extiende sólo a los bienes mencionados por el artículo 160 en su segunda parte, permaneciendo los demás en manos (administración y usufructo) de su padre o madre (55). Pero esa referencia a los demás bienes carece de contenido por la sencilla razón de que el artículo 160 comprende todos los bienes del menor. Pienso que, en realidad, la suposición de que hay otros bienes responde, inconscientemente en muchos autores, a una actitud de defensa a favor de la tesis restrictiva, previamente adoptada, sobre el alcance de la vida independiente del menor no emancipado.

Quizá el argumento más decisivo para demostrar que el menor de vida independiente tiene la administración de todos sus bienes se encuentra en la conexión de la segunda parte del artículo 160 con su primera parte, al hablar de "*dichos bienes*". Pues bien, parece claro que la primera parte del artículo 160 atribuye a los padres el usufructo de *todos* los bienes del hijo (con la única posible excepción del artículo 162), de acuerdo con la administración general prevista en el

(55) Así puede deducirse de las explicaciones dadas por ALBALADEJO en torno a este precepto: "Tal capacidad se amplía sólo en el ámbito de los bienes que el hijo adquiere "con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo". Respecto de ellos, pese a tener la misma que si estuviese emancipado...". Y añade: "En todo lo restante (esfera personal, familiar y patrimonial relativa a los restantes bienes), la capacidad del menor no se modifica" (el subrayado es mío). Op. cit. Vid. pág. 124.

En el mismo sentido, DE CASTRO: "En la esfera personal y familiar, respecto a los demás bienes, el hijo continúa sometido a la patria potestad." *Derecho civil...* Vid. págs. 197-198. Claro que DE CASTRO concede expresamente un ámbito muy reducido a los bienes adquiridos a título lucrativo afectados por la vida independiente del menor. Vid. Nota 23.

artículo 159, en donde se habla genéricamente de “los bienes de los hijos”; lo que cabe deducir igualmente *a sensu contrario* del artículo 166, que habla también de forma indiscriminada de “el usufructo de los bienes de los hijos”. Por otra parte, ¿qué sentido tendría restringir el usufructo nada más que a los bienes adquiridos con el trabajo o industria, o a título gratuito por el menor?

Pero es que, aún es más, ¿qué bienes quedan *strictu sensu* al margen de la descripción contenida en el artículo 160? En principio, la referencia exclusiva al trabajo o industria no parece cubrir todo el campo de los bienes adquiridos a título oneroso. Pero se trata de una apariencia engañosa. Aplicando, como es lógico siempre que se trata de atribuir un régimen a una determinada masa de bienes, el mecanismo de la subrogación real, veremos que todo bien adquirido a título oneroso procede directa o indirectamente (por sustitución) de bienes adquiridos, o bien con el trabajo o industria del sujeto en cuestión, o bien a título gratuito (56).

Cierto que aún se puede hablar de otros títulos para la adquisición de bienes, como puede ser la causa remuneratoria o la causa justa a que hace referencia el artículo 1.901 del Código civil; pero realmente se trata de vías manifiestamente secundarias, casi podríamos decir que excepcionales, frente a las generales comprendidas en el artículo 160 y, consecuentemente, parece lógico que los bienes conseguidos a través de ellas se incorporen al mismo régimen previsto para los demás. Sólo si sus peculiaridades hiciesen pensar en otra cosa habría razón para no aplicar este principio de que lo secundario sigue a lo principal. Y no creo que éste sea el caso.

Así pues me reafirmo en lo ya dicho. El tenor literal del artículo 160 confía en su segunda parte *todos* los bienes del hijo no emancipado de vida independiente a su administración y usufructo. No parece fácil contrariar esta voluntad del legislador claramente manifestada.

La tercera y última indicación que creo de interés se refiere a los términos que utiliza el artículo 160 para contraponer la situación del hijo en uno y otro caso. Por un lado se habla del padre o madre que tienen al hijo no emancipado en su potestad y compañía; por el otro se habla del hijo que, con consentimiento de sus padres, vive independiente de ellos. Ya hemos señalado cuál es el punto de partida de estas expresiones. Del “*acquérir par un travail et une industrie séparés*” del artículo 387 del Código Napoleón se pasa a la ambigua traducción del “*adquiere con su trabajo o industria, no estando en compañía del padre*” en el artículo 154, número 2.º del Anteproyecto de 1851. Traducción cuya ambigüedad genera ya un precepto de contenido totalmente distinto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil:

(56) BORRELL Y SOLER, Op. cit. Vid. págs. 171-172; SÁNCHEZ ROMÁN, Op. cit. Vid. pág. 1155.

“El padre, y en su defecto la madre, no adquirirán la propiedad, el usufructo ni administración de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo o industria si no viere en su compañía” (57).

Nuevo sentido que se confirma definitivamente con la redacción dada al precepto en cuestión por el artículo 128 del Anteproyecto de 1882-1888 y mantenida en el artículo 160 del Código civil.

Los intérpretes del artículo 160 suelen considerar un acierto del Código civil, el no condicionar la vida independiente del menor a que no viva en compañía de sus padres (teniendo otro domicilio), pudiéndose así centrar, de esta forma, en lo realmente importante, la autonomía económica (58). En este sentido, la utilización de la expresión “tengan en su... compañía” al final de la primera parte del artículo 160 puede ser considerada como un auténtico residuo de la expresión primaria del Anteproyecto de 1851 (59).

Pero lo que es importante es que de aquel significado inicial de dicha expresión ya no queda nada; hasta el punto de que el Código civil, superando el cambio introducido por la Ley de Matrimonio Civil lo perfila conceptualmente con nuevos caracteres. Así, junto a la

(57) El cambio aparece con mayor claridad si comparamos la expresión utilizada en la Ley de matrimonio civil para describir la sujeción domiciliar del hijo al padre (o madre), contenido de la patria potestad, con la utilizada en el Anteproyecto de 1851. En efecto, el artículo 65 de la primera emplea la expresión que se repetirá para describir la vida independiente del menor (en el artículo 66): “En consecuencia de tal potestad, el padre, y en su defecto la madre, tendrán derecho: Primero. A que sus hijos legítimos no emancipados *vivan en su compañía*, y a...” (el subrayado es mío). En cambio, el artículo 145 del Anteproyecto utilizaba una expresión totalmente distinta, en la que no se hacía referencia al *estar en compañía* introducido en el artículo (en el artículo 154, también en el 152) para configurar el peculio cuasi-castrense del hijo: “El hijo no podrá dejar la casa paterna sin permiso de su padre, mientras estuviese en la patria potestad.”

(58) MANRESA insiste en la separación de domicilios: “Pero, téngase presente que, para que esa especie de emancipación produzca dichos efectos, exige aquel artículo dos requisitos: 1.º, *que el hijo viva con independencia de sus padres*; esto es, en casa aparte, por su propia cuenta, y no en *compañía* de los mismos, pues si sigue viviendo en su compañía, no se realiza tal emancipación, según el mismo artículo.” *Sobre la emancipación...* Vid. pág. 307. ROYO MARTÍNEZ parece considerar también necesarios ambos requisitos: “Trátese aquí de la llamada *emancipación presunta o de hecho*, y, en consecuencia, por “vivir” ha de entenderse no sólo morar fuera del hogar familiar, sino también proveer por sí a sus necesidades.” Op. cit. Vid. pág. 299.

(59) El domicilio separado no implica independencia económica. MANRESA: “Entendemos, sin embargo, que cuando sea contrario al interés del hijo, como el deber (de tener a los hijos en su compañía) se impone precisamente en beneficio de éste (el hijo), podrá el padre disponer que viva separado de su hogar, lo que acontece cuando lo exigen las necesidades de sus estudios o de su profesión. El Código alemán no da lugar en este punto a cuestión alguna, pues obliga únicamente al padre a *fijar el lugar de residencia del hijo* (artículo 1.631). El Código civil italiano de 16 de marzo de 1942 dispone, en su artículo 318, que el hijo no puede abandonar la casa paterna o aquella que el padre le ha destinado.” *Comentarios...* Vid. pág. 29.

utilización residual de la mencionada expresión, surge otra nueva: "tengan en su potestad". Y, lo que parece más importante, es, en principio en esta última donde se centra la descripción que el artículo 160 da de la situación del hijo no emancipado en su primera parte y, por contraposición la de la descripción de la situación del hijo no emancipado en la segunda parte, la del hijo de vida independiente. En efecto, el "*pero*" introductor de esta segunda parte habrá de relacionarse, en principio, más bien con el "tengan en su potestad" que con el "tengan en su... compañía", puesto que ya hemos visto que es opinión pacífica en la doctrina la irrelevancia, de esta segunda circunstancia (60).

Interesa pues saber cuál puede ser el sentido que hemos de atribuir a ese "tengan en su potestad". La expresión se encuentra recogida al comienzo del artículo 154: "el padre, y en su defecto la madre, *tienen potestad*". Ahora bien, parece claro que no puede estar en juego la patria potestad, puesto que el artículo 160, se refiere al "hijo no emancipado" y, por tanto, la referencia a la misma constituiría una redundancia. Además, ya hemos apuntado que el hijo de vida independiente sigue sometido a la patria potestad, puesto que el mismo artículo 160 exige el consentimiento de los padres. Luego parece que la "potestad" del artículo 160 no es la patria potestad. Y sin embargo, la expresión del artículo 160 se corresponde con la del artículo 154.

Podemos apreciar dos circunstancias que nos saquen de este círculo vicioso. En primer lugar, que el contenido típico de esa potestad del artículo 154, el contenido típico de la patria potestad es el desarrollado en el artículo 155. En segundo lugar, que ese contenido típico ya no subsiste más que parcialmente en el caso del hijo de vida independiente. En principio el hijo se va a gobernar a sí mismo a través de su autonomía económica, por lo que el contenido típico de la patria potestad no se está ejerciendo normalmente. Excepcionalmente, el padre (o la madre) ejercerá alguna de las facultades de dicho contenido. Pero esto no es la normalidad en el caso del hijo de vida independiente. Ciertamente que la patria potestad subsiste y, consecuentemente, también subsiste su contenido; pero más bien virtualmente que en ejercicio real del mismo.

(60) Ciertamente que esta nueva redacción dada a la vida independiente del menor en el artículo 160 del Código civil puede venir condicionada por una expresión similar del artículo 152 del Anteproyecto de 1851: "Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, *estando en poder y compañía* del padre, pertenecen al hijo en propiedad, y al padre en usufructo" (el subrayado es mío). Sin embargo, la referencia al poder del padre no se repite cuando se recoge el peculio cuasicastrense en el artículo 154, número 2.º: "Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, no estando en compañía del padre." En cambio, sí que aparece en la descripción de la vida independiente del menor del Código civil, dada la redacción del artículo 160, montada sobre una contraposición de su segunda parte con la primera.

Este es, según entiendo, el sentido atribuible a la expresión "tengan en su potestad". Se está haciendo referencia con ella al contenido normal y en ejercicio de la patria potestad, descrito en el artículo 155. Por contra, el hijo de vida independiente no está sometido a ese contenido normal en el sentido que hemos explicado. Y la referencia residual al "tengan en su... compañía" puede servir de ejemplo a estos efectos. Se trata de un contenido normal de la patria potestad, recogido con la misma fórmula en el número 1.º del artículo 155 ("tenerlos en su compañía") y, sin embargo, puede no darse en el caso del hijo de vida independiente, sin que ello afecte a la subsistencia de la patria potestad. Afectará sólo a ese contenido normal descrito en el artículo 155 y que, como hemos dicho, queda alterado al producirse la situación de independencia del menor. De ahí que la adopción por el Código civil de esta nueva terminología (el hijo de vida independiente no está bajo la potestad de sus padres) resulte plenamente acertada: el hijo vive *actualmente* (en su vida cotidiana) independiente de la potestad de sus padres, aunque dicha potestad siga subsistiendo *virtualmente*, puesto que aquella independencia está sujeta al consentimiento de su titular.

Sin duda, muchas de estas consideraciones no estaban en la cabeza de los redactores del artículo 160, pero sí que se encuentran en su texto y en sus concordancias. Quizá, algunas de ellas fueron, por el contrario, tenidas en cuenta. Resulta difícil trazar una línea delimitadora de lo consciente y de lo inconsciente en los redactores de un texto legal. Pero lo que me interesaba poner en duda es que, dado el tenor literal de los artículos interesados en la materia, se pueda atribuir simplemente la redacción del artículo 160 a un error de dichos redactores, ajeno a sus intenciones. Con esto me basta para defender la libre interpretación del precepto en cuestión, sin que el dato del régimen de los peculios en nuestro Derecho histórico sea determinante.

Un último argumento en contra de la interpretación restrictiva del artículo 160, en su segunda parte, nos viene dado por la unidad del ordenamiento civil español. Unidad todavía no alcanzada, pero sin duda deseable, siempre que se realice sobre un pie de igualdad de todos los ordenamientos existentes en la actualidad. Unidad que no puede ser obra del día a la mañana, sino que se irá fraguando con un trabajo previo de aproximación de dichos ordenamientos. Esta labor queda encomendada a los juristas intérpretes de los diversos textos legales que integran esos ordenamientos civiles. En tal sentido, parece una labor positiva la unificación de la regulación jurídica allí donde se pueda hacer ya sobre los textos actualmente vigentes, siempre que ello no implique violentar su auténtico e indubitado sentido.

Con estas advertencias, abordamos ya el párrafo 3.º del artículo 5.º de la Compilación del Derecho civil de Aragón:

“El mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes”.

Precepto equivalente al del artículo 160, segunda parte, del Código civil y cuyo interés radica en que junto al beneplácito de los padres, presenta también la existencia de una *justa causa* como suficiente para aceptar la vida independiente del menor.

En el artículo 160, la referencia única y exclusiva al consentimiento de los padres puede hacer pensar en una plena subsistencia de la patria potestad y, consecuentemente, en la tesis restrictiva que vé en la vida independiente del menor simplemente un régimen de autorización por parte del titular de aquélla para la actuación con respecto a ciertos bienes. Pero esto se viene abajo cuando se piensa en la posibilidad de que la vida independiente del hijo no emancipado subsista, aún en contra de la voluntad de los padres, “*mediando justa causa*”, como se dispone en el precepto transcrito de la Compilación aragonesa.

Parece evidente que no existen razones actualmente válidas para defender una diferencia de trato entre el hijo menor no emancipado de vida independiente de vecindad aragonesa y el de vecindad común. Sin embargo, este argumento no es válido para propugnar la unificación automática del régimen jurídico de uno y otro, ya que lo mismo se podría decir con respecto a muchas de las instituciones civiles en las que no exista una regulación unitaria dentro del Estado español (61). Y ello aunque las consideraciones generales que hemos hecho al comienzo de este apartado sobre la mayor y la menor edad conduzcan claramente a considerar más adecuada a nuestros tiempos el precepto aragonés. Pero resulta que una interpretación literal y sistemática del artículo 160 nos ha puesto de relieve como no es posible mantener la subsistencia actual de la patria potestad en su plenitud cuando se produce la independencia fáctica del hijo menor no emancipado. Y esa idea encaja plenamente con el restringir el ejercicio arbitrario de la patria potestad, incluso por lo que se refiere a la misma existencia de la vida independiente del menor, tal y como aparece recogida por el artículo 5.º de la Compilación aragonesa. Restricción que se establece con el límite genérico de la “*justa causa*”, cuya apreciación quedará naturalmente a la discrecionalidad del Juez.

Así vemos cómo cabe interpretar unitariamente ambos preceptos, el del artículo 5.º de la Compilación y el del artículo 160 del Código civil, utilizando la mayor claridad de aquél para reafirmar lo que nos parece una interpretación más correcta y actual, de éste que la tradicionalmente defendida por nuestra doctrina más autorizada.

Esta interpretación del artículo 160 a la luz del artículo 5.º de la

(61) Basta pensar, en relación con nuestro tema, en la inexistencia de usufructo legal a favor de los padres en Aragón. Vid. artículo 11 de la Compilación del Derecho civil.

Compilación aragonesa y —me importa subrayarlo de nuevo— sobre la base de una interpretación literal y sistemática del mismo, no permite que la vida independiente del menor se cree “*mediando justa causa*” en contra de la voluntad de los padres, a pesar del tenor literal del párrafo 3.º del artículo 5.º de la Compilación. En efecto, dicho precepto concuerda también en este punto, a pesar de las apariencias, con la interpretación que nos parece preferible para el artículo 160. Como consecuencia de ésta, hemos señalado que la vida independiente parece determinar una reducción del contenido típico de la patria potestad y, dentro de esta reducción, encaja la imposibilidad de acabar arbitrariamente con esa vida independiente, cuando su subsistencia esté justificada (“*mediando justa causa*”). Ahora bien, hasta el momento mismo del comienzo de esa vida independiente del menor, la patria potestad existe con su contenido normal del artículo 155 del Código civil (62) y, por tanto, el propio nacimiento de dicha vida independiente del menor depende única y exclusivamente de la voluntad del padre (o madre); voluntad de la que no se puede prescindir por la existencia de una *justa causa*.

Y tal es el sentido, repito, del artículo 5.º, párrafo 3.º de la Compilación aragonesa: la “*justa causa*” opera para defender la “*subsistencia*” de la vida independiente del menor, pero no para imponer su nacimiento. Y ello por la sencilla razón de que mientras que no exista previamente la situación de vida independiente del menor, que —no se olvide— es una situación fáctica, no se puede hablar de *justa causa* para su existencia. En efecto, la *justa causa* tiene que basarse necesariamente en la apreciación de dicha situación fáctica (a partir de la cual se puede apreciar primeramente si el menor se encuentra realmente en condiciones para gobernarse a sí mismo), que no puede existir sin el previo consentimiento de los padres (de “*beneplácito*” habla la Compilación aragonesa con mayor acierto, al poner de relieve que normalmente el consentimiento será tácito). Con lo que se cae en un círculo vicioso del que sólo se sale contando inicialmente con dicho consentimiento, totalmente al margen de cualquier “*justa causa*” del tipo requerido, inexistente hasta que se cree la situación fáctica de vida independiente.

Hasta aquí nos hemos limitado a confrontar el artículo 5.º, párrafo 3.º de la Compilación aragonesa con la segunda parte del artículo 160 del Código civil, partiendo de la idea de una unificación genéricamente deseable de ambos. Lo que presupone la carencia de unidad en sus antecedentes históricos, puesto que proceden de ordenamiento históricamente separados. Sin embargo, una breve aproximación a la historia del precepto aragonés puede resultar reveladora.

Su antecedente inmediato se encuentra en el artículo 3.º del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón (Real Decreto-Ley de 7 de diciembre de 1925):

(62) Así como en Aragón subsiste la autoridad familiar de los padres, a la que se refiere el artículo 9 de la Compilación.

“Con respecto a los bienes de los hijos menores de edad, legítimos o legitimados, regirán las siguientes prescripciones:

3.^a Al hijo soltero mayor de catorce años y menor de veinte, que viva independientemente del padre o de la madre, con el beneplácito de éstos o por otro motivo legítimo (63), le corresponderán la propiedad, el usufructo y la administración de sus bienes, arregladamente a lo estatuido en este Apéndice y en el Código de comercio acerca de la capacidad para contratar”.

Vemos cómo el cambio más apreciable introducido por lo Compilación es la supresión de toda la referencia final al mismo Apéndice y al Código de comercio. Modificación importante, ya que, como oportunamente se señalaba antes de ser promulgada la Compilación, la remisión a “lo estatuido en este Apéndice... acerca de la capacidad para contratar” imponía la aplicación del artículo 13 del mismo, eliminado así la posibilidad de una administración autónoma por parte del menor de vida independiente. Con lo que el precepto resultaba inoperante (64).

Ahora bien, esa redacción defectuosa del Apéndice pone de relieve la carencia de antecedentes en el Derecho aragonés por lo que al menor de vida independiente se refiere. Los redactores del Apéndice quisieron incorporar semejante regulación al mismo, en tanto en cuanto correspondía a la Ley de Matrimonio Civil (Ley de aplicación general en todo el país y, consecuentemente, en Aragón), y también, en tanto en cuanto coincidía en cierto modo (al potenciar la libertad del menor) con la tradicional repulsa del Derecho aragonés frente a la concepción romanista de la *patria potestas*. Pero la adaptación del precepto resultó fallida al querer encajarla dentro de la situación descrita en el artículo 13 del Apéndice, que, esa sí, correspondía al Derecho histórico aragonés.

Pero lo que importa para nuestra argumentación es que no se trata de un precepto propio del ordenamiento aragonés, sino que, al igual que el artículo 160, procede de la Ley de Matrimonio Civil y, consecuentemente, la interpretación conjunta resulta todavía más legítima. El origen histórico de ambos es el mismo. El uno queda recogido en un ordenamiento basado sobre la *patria potestas* romanista. De ahí su ambigüedad: se da independencia al menor, pero no queda claro el valor de la subsistencia de la patria potestad. El otro queda recogido en un ordenamiento mucho más liberal por lo que a los hijos se refiere. De ahí su claridad a la hora de fijar la independencia del menor, aún contra la voluntad de los padres, siempre que medie

(63) El motivo legítimo del Apéndice es la *justa causa* de la Compilación, expresión más amplia, por ser menos técnica que aquella. Por lo que se presta menos a confusión.

(64) DE CASTRO, *Derecho civil...* Vid. pág. 203.

un "motivo legítimo" (o "justa causa"). La ambigüedad del Código civil sobre el contenido de esa patria potestad subsistente queda aquí claramente especificada con respecto a la autoridad familiar de los padres: el arbitrio desaparece al quedar limitado por las *justas causas* que legitimen la independencia del hijo.

VI. LA VIDA INDEPENDIENTE DEL MENOR NO EMANCI- PADO CORRESPONDE A UNA SITUACION JURIDICA INTERMEDIA ENTRE LA EMANCIPACION Y LA SU- MISION NORMAL A LA PATRIA POTESTAD

Hasta aquí hemos centrado nuestra atención en el desmonte de las dos teorías existentes en torno a la situación del hijo no emancipado de vida independiente, tal y como aparece recogida en la segunda parte del artículo 160 del Código civil. Que en dicho precepto no se da acogida a un supuesto de emancipación tácita, me parece evidente por las razones alegadas. Pero también me resisto a creer que la situación del menor de vida independiente se reduzca a una autorización genérica de los padres para que aquél pueda actuar con plena capacidad por lo que se refiere a determinadas masas patrimoniales. De ahí la crítica realizada en el apartado anterior a la interpretación restrictiva del artículo 160, sustentadora de la mencionada tesis. De lo que ya cabe deducir, y así se apuntaba al realizar la mencionada crítica, que mi interpretación del precepto que nos ocupa apunta a la posibilidad de definir en él una situación intermedia entre la emancipación tipificada por nuestro ordenamiento y la plena sumisión a la patria potestad, recogida en el artículo 155 (ámbito personal) y en los artículos 159 y 160 (primera parte) del Código civil (ámbito patrimonial).

Entiendo que esta interpretación que propugno no contiene una simple petición de principio al apoyarse en el reconocimiento de una patria potestad que se podría calificar de disminuida, puesto que no tiene el contenido típico que el Código civil le atribuye. Prueba de ello es que semejante reducción de las facultades inherentes a la patria potestad encuentra un apoyo en la misma interpretación literal y sistemática (tanto en el Código civil como en los diversos ordenamientos civiles del Estado español) del artículo 160. Interpretación que ha de contemplarse positivamente desde la nueva valoración de la edad que, a mi entender, impone la realidad económica, social y jurídica en la actualidad. Creo conveniente insistir ahora sobre este aspecto de la cuestión a nivel concreto, puesto que, en verdad, con él se corresponde la interpretación finalista del precepto estudiado y ésta, como se sabe, constituye la clave a la hora de atribuir un sentido determinado a cualquier precepto. La exigencia de concreción nos remite en este caso a la patria potestad.

La patria potestad se concibe actualmente como una institución al servicio de los hijos (65). Se trata con ella de proteger el desarrollo de los menores, complementando su natural inmadurez con la defensa de sus intereses por quienes, en base a los lazos de parentesco, garantizan, en principio, una mayor fidelidad a la protección de dichos intereses. La patria potestad sirve pues a la protección de los hijos no emancipados y, en consecuencia, todos los poderes que atribuye a su titular se encuentran condicionados por el ejercicio de esa función de protección. De ahí la necesaria fluctuación de esos poderes en el tiempo para cubrir un desarrollo, que se extiende desde el momento del nacimiento hasta la emancipación, sin lesionarlo. Cualquier ejercicio de facultades formalmente incluidas en la patria potestad que no parta del respeto debido a la personalidad del hijo (66), en cada etapa de su desarrollo, constituye una extralimitación del contenido verdadero de aquélla. Tal es el principio que rige el ejercicio de la patria potestad.

Las dificultades nacen en el momento de articular dicho principio a nivel concreto. No sólo es difícil saber cuándo se produce o no una extralimitación por parte del titular de la patria potestad, sino que incluso resulta imposible controlar todos y cada uno de los actos incluidos en su ejercicio. Por lo que hay que renunciar a un control judicial individualizado de los mismos. La vida cotidiana del menor sobre la que incide continuamente la patria potestad, escapa necesariamente a la vigilancia del Juez. Todos los sistemas jurídicos tienen pues que conceder un amplio margen de arbitrio al titular de la patria potestad. Dentro de él se presume que actúa correctamente en base a los lazos de afecto que, naturalmente, le unen con sus hijos.

Nuestro Código civil monta la patria potestad sobre la concesión de un amplísimo arbitrio a su titular. Sólo cuando los padres traten a los hijos con dureza excesiva, o cuando les den órdenes, consejos o ejemplos corruptores se prevé la intervención del Juez (artículo 171). Fuera de estos casos no existe ninguna medida de control, al margen de las previstas en el ámbito patrimonial (artículos 163 a 166). Luego sólo cuando el trato de los padres sea excesivamente duro (aparte del caso concreto de corrupción) cabe una intervención del Juez, privándoles de la patria potestad. Como se ve, se trata de un control *in extremis*, puesto que la máxima sanción de privación total del ejercicio de la patria potestad (definitiva o temporal, según se trate

(65) GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*. München/Berlin, 1964. Vid. págs. 501 y siguientes.

(66) DÖLLE: "Das Elternrecht ist nicht unumschränkt. Es wird durch den ihm eigenen vormundschaftlichen Charakter begrenzt. Dem Kinde kommt die gleiche Menschenwürde zu wie den Eltern. Kraft dieser Personenwürde des Kindes sind die Eltern verpflichtet, das ihnen zustehende Erziehungsrecht im Interesse des Kindes und zu seinem Wohle auszuüben und das Recht des Kindes auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und Tüchtigkeit anzuerkennen." *Familienrecht*. Band II. Karlsruhe, 1965. Vid. pág. 136.

o no de privación o suspensión) concuerda con lo que el Código civil entiende por dureza a la vista del desarrollo que hace en el artículo 156 de la facultad de castigar (artículo 155, número 2.º).

Cierto que la jurisprudencia y la doctrina han ampliado el ámbito de aplicación del artículo 171 del Código civil, entendiendo que la *excesiva dureza* comprende cualquier extralimitación en el ejercicio de facultades genéricamente incluidas en la patria potestad. Lo que unido a la posibilidad que en el mismo artículo se ofrece de “adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses” del hijo, concede una mayores posibilidades de intervención al poder judicial, acorde con la acentuación señalada del aspecto de función de la patria potestad en nuestros días.

Pero a pesar de esta plausible interpretación, el artículo 171 sigue ofreciendo remedios de última instancia, encaminados a alterar el propio ejercicio de la patria potestad. No se trata pues de brindar a la autoridad judicial una posibilidad de intervención continua sobre temas concretos, respetando, por lo demás, el contenido típico de la patria potestad. Y es que, vuelvo a insistir, a pesar de esta ampliación del significado de la “dureza excesiva” en el trato de los hijos, punto de obligada referencia de la misma sigue siendo, al no haber quedado derogado, el artículo 156 (67). La misma redacción de los artículos 155, 159 y 160 no da pie para someter en ningún caso el criterio de los padres al Juez, especialmente en los efectos de la patria potestad respecto a las personas de los hijos.

Vemos pues que el principio de que la patria potestad se encuentra al servicio de los hijos se articula en nuestro ordenamiento confiando su ejercicio al arbitrio del padre (o de la madre). Sólo cuando en dicho ejercicio arbitrario se actúe con *manifiesto y evidente* perjuicio de aquéllos (68) cabe una intervención del Juez encaminada a suprimirlo definitivamente o temporalmente, o a modificarlo sustancialmente mediante una detracción de las facultades originalmente integradas en la patria potestad. Conviene tener presente que esta evidencia sólo se puede producir en muy raras ocasiones y, normalmente, después de una actuación prolongada, notoriamente perjudicial para el hijo. Ahora bien, esto no quiere decir que el principio mencionado de necesario respeto a la personalidad del hijo no tenga plena vigencia en el ordenamiento español. Lo único que ocurre es que nuestro legislador considera suficientemente garantizada su actuación

(67) También hay que tener en cuenta que, dada la redacción de los artículos 582 a 585 del Código penal, no cabe excluir la posibilidad de que los padres ejerzan un determinado grado de violencia sobre los hijos sin incurrir en falta. Lo que se compagina con criterios de valoración todavía ampliamente difundidos en nuestro país. Vid. los artículos 582, 583, números 1.º y 2.º, 584, número 11, 585, número 1.º.

(68) Ejemplos del cual contiene el artículo 584 del Código penal, cuyo párrafo 2.º establece que “Los padres o tutores mencionados en los números 5.º, 6.º, 8.º, 11 y 12 del presente artículo podrán ser suspendidos en el ejercicio de su derecho a la guarda y educación del menor”.

confiándola al arbitrio de los padres, dados los lazos de afecto que unen a éstos con sus hijos.

Puesto que el principio está vigente, también lo está la subordinación del ejercicio de la patria potestad al desarrollo físico e intelectual de los hijos, consecuencia inmediata de aquél. Lo que ocurre normalmente es que, dado el margen de arbitrio concedido a los padres, las infracciones de la mencionada subordinación sólo serán relevantes en casos flagrantes. Lo que además viene favorecido por la inexistencia de criterios objetivos, claros y predeterminados que vayan señalando la aplicación correcta de esa subordinación de la patria potestad al respeto debido a la personalidad del hijo (69).

Pero precisamente en el caso que nos ocupa, el del hijo no emancipado de vida independiente, se dan otros presupuestos objetivos que permiten controlar de una forma mucho más estricta el ejercicio de la patria potestad. Con la vida independiente del hijo ha quedado fijado objetivamente la medida de subordinación de dicho ejercicio a la personalidad de aquél. En efecto, con ella se demuestra que el hijo es capaz de gobernarse por sí mismo, hasta el punto de que el padre, en reconocimiento de este hecho, ha consentido en la actuación de esa capacidad. A partir de ese momento queda claro que cualquier intento de ejercer la patria potestad en contra de esa autonomía del menor no respeta, en principio, la regla de subordinación anteriormente expuesta. Sólo cuando exista una *causa justificada* (en circunstancias o en la propia conducta del menor de vida independiente) parece legítimo permitir una incidencia del padre (o de la madre) en la autonomía concedida. La importancia de la nueva situación es que se pasa de un ejercicio arbitrario de la patria potestad a un ejercicio controlado de la misma. Antes, el titular de la patria potestad no tenía que justificar nada, ahora tiene que justificarlo todo, en tanto en cuanto incide sobre la vida independiente del menor; puesto que, en principio, este es capaz de autogobernarse, y así lo ha reconocido dicho titular. Ese reconocimiento es precisamente el último acto de arbitrio en el ejercicio de la patria potestad.

Esta es, a mi entender, la única forma de compaginar el artículo 160 en su segunda parte con la función de la patria potestad, evitando que el precepto estudiado no se convierta en un mecanismo al servicio de los intereses de los padres y no de los hijos, tal y como, a mi modo de ver, permite la interpretación restrictiva del mismo. Cierto que sus defensores consideran que tanto la autorización genérica (en

(69) GERNUHUBER: "Ziel der elterlichen Gewalt ist es, das Kind zur Selbstbestimmung zu befähigen. In ihrer Idealgestalt muss die elterliche Gewalt daher (partiell oder total) enden, sobald das Kind zur Selbstbestimmung fähig geworden ist. Dieser Idealgestalt der elterlichen Gewalt zu folgen, ist dem positiven Recht weithin verwehrt. Der jeweilige Reifegrad des Kindes ist kein Massstab, dem jene Offenkundigkeit eignet, die der Rechtsverkehr vielfach benötigt. Wo klare, jedermann zugängliche Massstäbe erforderlich sind, bleibt daher nur die Suche nach einem Standard, der Sachrichtigkeit nurmehr in typischer Sicht verbürgt". Op. cit. Vid. págs. 514-515.

que ellos convierten el valor de la vida independiente del menor) como su revocación no pueden ser realizadas con fines ajenos a los intereses del hijo no emancipado; pero, en su concepción seguimos dentro del ámbito de ejercicio normal de la patria potestad (70). Y dentro de éste, ya lo hemos visto, el padre (o madre) no tienen que justificar nada, siendo preciso probar el notorio perjuicio que con su conducta causan a su hijo. Podrán pues concederle en cada momento una mayor o menor libertad económica (a través de la entrega en administración de un mayor o menor número de bienes, así como mediante la recuperación de dicha administración, entre otros medios), y una mayor o menor libertad personal (a través del continuado ejercicio de las facultades contenidas en el artículo 155), aun contra la voluntad del hijo, sin tener que dar cuenta a nadie del porqué de tales decisiones. Pero también pueden, con el mismo margen de arbitrariedad, revocar totalmente la autorización concedida, eliminando la situación de independencia (71). ¡Muy especiales tendrían que ser las circunstancias concurrentes para poder hablar en tal caso de “dureza excesiva”!

La diferencia es pues importante a la hora de aplicar los mismos principios por esta vía (la normal) o por la que nosotros creemos posible, dada la situación objetiva creada. En el primer caso los abusos pueden multiplicarse. Baste pensar en la figura genérica de los padres que “no están a las duras”, pero si “a las maduras”, según cambie la fortuna del hijo (72). En el segundo, en cambio, éstos quedan eliminados y la posición jurídica del hijo queda totalmente definida, al margen de cualquier tipo de arbitrios.

El hijo no queda emancipado y por ello sigue sometido a la patria potestad. Pero ésta ya se ejerce de otra manera, *de acuerdo con los principios a los que debe responder*. Por ello decíamos en el apartado anterior que ya no se daba el contenido típico de los artículos 155, 159 y 160 del Código civil. Este subsiste virtualmente, puesto que, *justificando debidamente lo medido*, el padre (o la madre) puede revocar eficazmente su consentimiento, eliminando la situación de independencia, y puede también actuar algunos de los contenidos personales de la patria potestad (artículo 155 del Código civil) (73). Por lo que hablábamos de una patria potestad de contenido dismi-

(70) DE CASTRO: “El consentimiento significa la aquiescencia expresa o tácita del padre y habrá de considerarse que existe por el mero conocimiento de la vida independiente del hijo, no seguido de oposición. Tiene el consentimiento la naturaleza de facultad comprendida dentro del derecho de patria potestad; queda, pues, al arbitrio del padre; pero no podrá ser ejercida por él de modo arbitrario ni en contra de su finalidad de protección.” *Derecho civil...* Vid. págs. 196-197.

(71) COMAS, Op. cit. Vid. pág. 363; RAMOS, Op. cit. Vid. pág. 155.

(72) El hijo abandonado *de facto* a su suerte (aunque viva con sus padres) obtiene de repente una remuneración extraordinaria en su nuevo trabajo (como actor, torero, futbolista...) o gana un premio en la lotería, en las quinielas...

(73) También tendrá una determinada intervención en el patrimonio del menor de dieciocho años, según veremos más adelante en el Apartado VIII.

nuido o atípico, consistente en una subsistencia virtual de su contenido normal, para el caso en que se ejerza eficazmente (justificada-mente) la revocación del consentimiento en que se basa la vida independiente, y en una subsistencia actual de un contenido reducido del mismo, sometido al control de la adecuación de su ejercicio en cada caso concreto.

Queda así delimitada la situación jurídica que entiendo corresponde al hijo no emancipado de vida independiente, posición intermedia entre la mantenida por la interpretación amplia del artículo 160, que lo equipara a una emancipación tácita, y la mantenida por su interpretación restrictiva, que lo equipara a una mera autorización genérica para determinadas masas patrimoniales. Ya hemos visto en el apartado anterior cómo semejante postura podía encontrar un respaldo en la interpretación literal y en la sistemática del precepto. Ahora creo haber afianzado lo que ya apuntaba: es una postura que responde plenamente al significado propio de la patria potestad. La interpretación teleológica viene pues a sumarse al apoyo recibido de la literal y de la sistemática.

En efecto, esta modificación automática del contenido de la patria potestad responde perfectamente a sus funciones. Frente a los que ven en el artículo 160 una emancipación, mantener la subsistencia de la patria potestad supone una mayor protección del menor, especialmente importante, puesto que ya vimos que no hay límite de edad para la vida independiente de aquél. Frente a los que ven en el artículo 160 una continuación del contenido normal de la patria potestad, mantener la reducción de la misma supone un mayor respeto de la personalidad del menor (cuyo pleno desarrollo se está demostrando con la misma vida independiente) y, consecuentemente, también una mayor protección del mismo. Puesto que la vida independiente del menor es prueba en principio de su capacidad para autogobernarse, lógico es que, frente a esta *justa causa* de respeto de su autonomía, el padre (o madre) tenga que alegar las razones que respaldan su intromisión en la misma contra la voluntad de su hijo.

Una vez caracterizada esta situación del menor de vida independiente frente al titular de la patria potestad, se plantea el problema de ver cómo se puede articular cuando el padre (o madre) pretendan actuar en ejercicio de aquélla contra la voluntad del hijo. Esto es, ¿cómo se actúa el control concreto de los actos correspondientes a la patria potestad, que caracteriza la situación descrita? En principio, nuestro ordenamiento presenta al respecto una auténtica laguna legal.

En efecto, aunque parece que el hijo podría acudir al Juez alegando la "dureza excesiva" del artículo 171 (en el sentido de extralimitación en el ejercicio de la patria potestad reducida que corresponde entonces al padre o a la madre), éste se orienta a la adopción de medidas que afectan al propio contenido de la patria potestad o a su misma subsistencia (sobre la base del control de una actuación indebida de su titular), pero no a sobreponer el criterio del Juez sobre

el del padre en un acto concreto. Lo que se puede afirmar a pesar de la elasticidad introducida en el precepto con la posibilidad, brindada al Juez, de “adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses del hijo”.

El recurso al arbitrio judicial en un conflicto concreto entre padre e hijo sólo está previsto en materia patrimonial:

“Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él” (artículo 165, párrafo 1.º).

Así se deduce de la inclusión de este precepto en el Capítulo III del Título VII: “De los efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos”, y del pleno arbitrio reconocido al padre al establecer en el capítulo anterior los “Efectos de la patria potestad respecto a las personas de los hijos” (recuérdese concretamente el contenido del artículo 156).

Sin embargo, si admitimos la necesidad de adaptar los preceptos del Código civil a las nuevas concepciones sobre la patria potestad (que implican una mayor vigilancia de su ejercicio para asegurarse de que se hace en beneficio de los hijos), parece obligado extender los controles previstos en él a otros supuestos y, concretamente, el del artículo 165 a todos los efectos de la patria potestad.

La falta de tecnicismo del Código civil facilita dicha labor. En efecto, no es el único lugar del mismo en donde fundadamente se puede considerar que la ordenación sistemática de un precepto no tiene carácter vinculante a la hora de interpretarlo. Lo que encuentra especial justificación aquí, dadas las estrechas vinculaciones existentes entre los efectos personales y patrimoniales de la patria potestad (74).

Salvado este obstáculo, no subsiste ningún otro, ya que la redacción del precepto, al referirse genéricamente a “un interés opuesto”, permite una interpretación amplia del mismo (75). Por otra parte, este es el camino que han seguido doctrina y jurisprudencia al interpretar el artículo 171, ya que, no sólo han ampliado el sentido propio del trato “con dureza excesiva”, sino que también han exten-

(74) Vid. el desarrollo de esta idea en el Apartado VII.

(75) A esta solución acudía ya SÁNCHEZ ROMÁN al plantearse el conflicto entre padre e hijo con respecto al domicilio de este último (Vid. Nota 90): “El Código no da ocasión expresa a tal supuesto ni establece solución para el mismo, a no ser que se considere semejante hipótesis comprendida en el precepto genérico del artículo 165, de que siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan algún *interés opuesto* al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un *defensor* que los represente en juicio o fuera de él, y bajo cuya representación se dilucidará semejante extremo de unidad o dualidad de domicilio, respetando el independiente y propio que el hijo tuviese, a virtud de alguna de aquellas circunstancias; solución más *rational* que estrictamente *legal*”. Op. cit. Vid. pág. 1138.

didó las “providencias” finales a que se refiere el artículo a todo tipo de “intereses”, cuando parece claro que también aquí se apuntaba sólo a los patrimoniales, dada la concatenación con la primera parte de la frase en que se encuentran mencionadas (76).

Argumento decisivo a favor de la extensión propugnada del mecanismo del artículo 165 a nuestro caso (el del menor de vida independiente) lo encontramos en el propio criterio de nuestro legislador:

“El menor de dieciocho años necesitará para contratar su aprendizaje la autorización de su padre, madre o tutor, si no estuviese emancipado legalmente.

El mayor de dieciocho años y menor de veintinueve que no estuviese legalmente emancipado podrá contratar por sí cuando, con consentimiento de su padre, madre o tutor, viviera independientemente de éstos. En otro caso, podrá igualmente contratar por sí mismo, pero su padre, madre o tutor tendrán la facultad de oponerse por escrito a dicho aprendizaje. circunstancia que originará la ineficacia del contrato celebrado. En tal supuesto, *el Juez municipal, a instancia del menor, le nombrará un defensor judicial, que será quien en definitiva, podrá alzar la prohibición de las personas que se opusieron con los consiguientes efectos en el contrato celebrado a que el aprendizaje se contrajera, o, por el contrario, mantenerle, atendidas las razones que pudieran aducirse*” (artículo 135 de la Ley de Contrato de Trabajo) (el subrayado es mío).

Si esta medida es aplicable simplemente al mayor de dieciocho años no emancipado, con mucha mayor razón podrá aplicarse al hijo no emancipado de vida independiente.

Por otra parte, la utilización que este artículo 135 de la Ley de Contrato de Trabajo hace de la figura del defensor es una clara muestra de la estrecha relación existente entre la esfera personal y la patrimonial del menor. El contrato de aprendizaje es una vía para la obtención de bienes, por lo que se constituye en tema patrimonial, pero al mismo tiempo, los bienes se adquieren en este caso a través de la actividad personal del menor, por lo que implica también el contenido de la patria potestad del que se ocupa el artículo 155 del Código civil. Queda pues aquí apuntado por qué, aunque el artículo 160 se refiere sólo a una independencia económica, hemos venido hablando de una modificación de toda la patria potestad —y no sólo de sus efectos patrimoniales— y de la capacidad que demuestra el menor de vida independiente para autogobernarse en general.

(76) “En estos casos podrán asimismo privar a los padres total o parcialmente del usufructo de los bienes del hijo, o adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses de éste.”

VII. CAPACIDAD DEL MENOR NO EMANCIPADO DE VIDA INDEPENDIENTE

Una vez trazadas las líneas generales que delimitan ya situación jurídica del hijo no emancipado de vida independiente, conviene concretar hasta dónde alcanza su capacidad patrimonial y su capacidad personal. Enlazando con lo apuntado al final del apartado anterior, parece oportuno insistir ahora sobre la necesidad de extender los efectos de la vida independiente a ambos campos, aunque tanto la colocación sistemática del artículo 160 como su propio tenor literal inducen a pensar en una alteración de la patria potestad reducida a sus efectos patrimoniales. Si embargo, de sobra es sabido que, de la misma forma que la libertad personal no es nada sin libertad patrimonial, lo mismo cabe decir con respecto a esta última frente a la primera (77). Lo que resulta directamente aplicable al supuesto que contemplamos. Por ello parece correcto entender que el artículo 160, segunda parte, afecta también al artículo 155 y no sólo a los artículos 159 y 160, primera parte, tal y como hemos venido haciendo hasta ahora. Es coherente pensar que el menor que está en condiciones para regirse económicamente con total autonomía, lo está también para gobernarse en general, sobre todo si se piensa que la vida independiente del menor surge, normalmente, sobre la base de su trabajo o industria. Todos los esfuerzos que hemos realizado para proteger al menor frente al arbitrio de los padres quedaría reducido a nada si limitásemos su autonomía al campo patrimonial; y ello precisamente, por esa íntima conexión del mismo con el personal, afirmado anteriormente.

Por lo que hace referencia al campo patrimonial, nos remitimos a lo argumentado en el quinto apartado de este trabajo para afirmar que todos los bienes del menor quedan sometidos a su administración, entendiendo ésta en un sentido amplio, limitado sólo por las restricciones del artículo 317 del Código civil. Por tanto, tendrá también amplios poderes de disposición sobre todos los bienes muebles. La referencia que se hace al dominio, usufructo y administración al final del artículo 160 debe relacionarse con la equiparación anterior del menor de vida independiente con el emancipado a efectos patrimoniales. No creo que ésto plantee dudas.

En cuanto a los bienes adquiridos a título lucrativo, pero cuya administración y usufructo no corresponda a los padres, parece que su

(77) SÁNCHEZ ROMÁN: "pero si tal parcial emancipación, en cuanto a los bienes, no nace sino del *domicilio* aparte del hijo respecto del padre, continuando sometido a la potestad de éste por lo que a su *persona* se refiere, ¿no es ésta una situación *artificial* y *precaria*, que el padre puede destruir en todo momento, revocando el permiso que diera al hijo de vivir fuera de su lado y volviéndole a su compañía, con lo cual habrá desaparecido ese concepto contingente y parcial de *emancipado*, y modificado o mejor perdido su capacidad civil, en cuanto a su derecho de pleno dominio en los bienes de los peculios?" Op. cit. Vid. pág. 1154. Nota 2.

régimen no se encuentra expresamente previsto en la segunda parte del artículo 160, puesto que ya hemos dicho que ésta se conecta con la primera parte del mismo, donde se mencionan los bienes del menor cuyo usufructo corresponde al titular de la patria potestad.

Para dichos bienes habrá que distinguir dos supuestos. Cuando la administración de los bienes en cuestión se encarga a otra persona, *en sustitución del titular de la patria potestad*, porque el ordenamiento (artículos 166, 761 y 857 del Código civil), el Juez (artículo 171 del Código civil) o un particular no se fía de ellos (artículo 162 del Código civil), parece lógico que el menor pase a administrarlos y usufructarlos en la forma descrita (78). Pero si el donante dispuso la administración por un tercero al margen de consideraciones relativas a la patria potestad y a la capacidad del menor, entonces, como es lógico, habrá que interpretar su voluntad para cumplirla "estrictamente" (artículo 162).

Queda pues eliminada totalmente la posibilidad de que el padre (o la madre) amplíen o restrinjan la masa patrimonial encomendada al hijo de vida independiente, según su voluntad, dado el tenor literal del artículo 160. El único medio con que cuenta para incidir en la capacidad patrimonial, que el artículo 160 concede al menor de vida independiente, es acabar precisamente con esa situación, revocando su consentimiento, puesto que subsiste la patria potestad. Aunque ya hemos apuntado cómo la reducción de su contenido consiste precisamente en la necesidad de justificar los actos que correspondan a su ejercicio. Sólo pues mediante una revocación justificada del consentimiento se puede acabar con la vida independiente del menor y, consecuentemente, con su plena (con los límites del artículo 317) capacidad patrimonial.

Antes de pasar a considerar el ámbito puramente personal, resulta obligado hacer una previa referencia a actividades del menor directamente relacionadas con su patrimonio, en tanto en cuanto son determinantes de ingresos en el mismo.

Por lo que se refiere al trabajo por cuenta ajena del menor, cuando éste tenga los dieciocho años cumplidos, no se plantea ningún problema, puesto que se le considera con capacidad para contratar la prestación de sus servicios (artículo 11, apartado a) de la Ley de Contrato de Trabajo). Sólo la Ley de 19 de diciembre de 1951, sobre condiciones de trabajo en la marina mercante, exige en el párrafo 2.º de su Base 3.ª "el permiso de los padres o tutores para ser enrolados en embarcaciones que hagan la navegación costera fuera de las tres millas, la de gran cabotaje o la de altura". En cambio, para contratar el aprendizaje sin el concurso de representantes legales se requiere en principio la emancipación (artículo 135 de la Ley de Contrato de Trabajo).

(78) Sin perjuicio de que, revocada la independencia del menor, los bienes vuelvan a ser administrados por las personas en cuestión y no por el titular de la patria potestad.

Tanto el menor no emancipado con respecto al contrato de aprendizaje (artículo 135, párrafo 2.º) (79), como el menor de dieciocho años (artículo 11, apartado b) de la Ley de Contrato de Trabajo) (80), con respecto al contrato de trabajo tienen reconocida su capacidad si viven independientemente. Ahora bien, de la misma forma que el artículo 135 mismo prevé la posible oposición de sus representantes legales, si no han alcanzado la edad de dieciocho años, ésta también puede articularse indirectamente en el contrato de trabajo, ya que, según el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, “para que un menor de dieciocho años pueda ser admitido al trabajo tendrá que acreditar: 1.º Permiso del padre o, en su defecto, de la madre, del tutor o del director del establecimiento en donde estuviere asilado”.

De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, entiendo que el método previsto en el artículo 135 para obviar una negativa injustificada del padre (o de la madre) al contrato de aprendizaje se puede extender a todos los demás supuestos (artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo y Base 3.ª, párrafo 2.º de la Ley de 19 de diciembre de 1951).

Con mayor razón, vencido ese obstáculo inicial, habrá que negar al representante legal la posibilidad que le ofrece el párrafo 1.º del artículo 58 de la Ley de Contrato de Trabajo:

“Será válido el pago hecho a la mujer casada de la remuneración de su trabajo, si no consta la oposición del marido, y al menor, si no consta la oposición del padre, de la madre y, en su caso, de sus representantes legales”.

Sin duda, puede utilizarse como argumento —por analogía— el contenido del párrafo 3.º del mismo artículo 58 mencionado (81).

En este mismo orden de actividades del menor de vida independiente se sitúa el ejercicio del comercio. Parece que el artículo 4.º del Código de comercio cierra toda posibilidad al reconocimiento de esta capacidad especial para quien no haya alcanzado la mayor edad. Lo que ha quedado confirmado por el artículo 70 del Reglamento.

(79) “El mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que no estuviere legalmente emancipado podrá contratar por sí cuando, con consentimiento de su padre, madre o tutor, viviera independientemente de éstos. En otro caso, podrá igualmente contratar por sí mismo, pero su padre, madre o tutor tendrán la facultad de oponerse por escrito a dicho aprendizaje, circunstancia que originará la ineficacia del contrato celebrado. En tal supuesto, el Juez municipal, que será quien, en definitiva, podrá alzar la prohibición de las personas que se opusieron con los consiguientes efectos en el contrato celebrado a que el aprendizaje se contrajere, o, por el contrario, mantenerle, atendidas las razones que pudieran aducirse.”

(80) “Podrán contratar la prestación de sus servicios: b) Los que hubieren contraído matrimonio y los mayores de catorce años y menores de dieciocho, solteros, que, con conocimiento de sus padres o abuelos, vivan independientes de ellos.”

(81) “En caso de separación legal o de hecho de los cónyuges, el marido no podrá oponerse a que la mujer perciba remuneración de su propio trabajo.”

del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 (82). Y, sin embargo, la cuestión no me parece tan clara como se plantea por la doctrina mercantilista más autorizada. Esta considera que la exigencia de veintinueve años contenida en el número 1.º del artículo 4.º del Código de comercio es insalvable, a pesar del espíritu que animó a la Ley de 13 de diciembre de 1943 y que, consecuentemente, ni siquiera el menor emancipado puede ser comerciante (en el sentido de ejercer personalmente el comercio) (83).

Yo entiendo que la incidencia de la mencionada Ley en el Código de comercio no puede realizarse con un método tan mecánico como es suprimir la referencia que el número 2.º del artículo 4.º contiene al "no estar sujeto a la potestad del padre o de la madre", en tanto en cuanto dicha sujeción resulta imposible ahora una vez alcanzados los veintinueve años, mientras que se mantienen intactos los demás requisitos exigidos en dicho artículo para ejercer el comercio. La integración de las nuevas normas en un ordenamiento implica una labor interpretativa en el sentido pleno de la misma y que, por consiguiente, no puede limitarse a una exégesis literal en la forma que la realiza la doctrina mercantilista en este caso. La Ley de 1943, al rebajar la mayor edad a los veintinueve años, pone en cuestión todo el contenido del artículo 4.º del Código de comercio, y no sólo uno de sus requisitos. El resultado correcto de este replanteamiento general de dicho precepto en su totalidad sólo puede venir dado por una interpretación histórica, sistemática y teleológica del mismo. En este sentido, la redacción del artículo 70 del Reglamento del Registro Mercantil no puede constituir un obstáculo a la libre interpretación del Código de comercio, dada su necesaria subordinación a una norma de categoría superior como es aquél. Más aún, si se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento la inscripción en el Registro Mercantil no es requisito para adquirir la condición de comerciante (artículos 17 y 18 del Código de comercio). Sin embargo, no es este el momento para profundizar en este tema, por lo que habrá que aceptar (con la reserva esbozada) la conclusión mencionada a la que llegan nuestros mercantilistas.

Si, de acuerdo con dicha conclusión, el menor no emancipado no puede ejercer por sí mismo el comercio, con mucha mayor razón será aplicable esta limitación al menor de vida independiente, quien sólo a los efectos patrimoniales en principio, queda equiparado a un menor emancipado.

(82) "Sólo serán inscribibles en el Registro Mercantil en concepto de comerciantes o empresarios individuales: 1.º Los varones mayores de edad con plena capacidad civil. 5.º Los menores o incapacitados que, debidamente representados por sus tutores, y previa autorización del consejo de familia, continúen el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes."

(83) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*. 5.ª ed. revisada, corregida y puesta al día por A. BERCOVITZ. T. I. Madrid, 1968. Vid. págs. 231-233; URÍA, *Derecho Mercantil*. 7.ª ed. Madrid, 1970. Vid. págs. 104-105.

Y sin embargo, parece injustificado negar a dicho menor todo acceso al mundo del comercio. Razón de fondo a la que se une la necesidad de dar un sentido a la palabra "industria" recogida en el artículo 160 para señalar un medio de obtener bienes distintos del trabajo.

Puesto que no parece razonable imponer al menor de vida independiente la liquidación de cualquier empresa mercantil incluida en su patrimonio y puesto que hemos rechazado la posibilidad de que el titular de la patria potestad conserve la administración de cualquier parte de dicho patrimonio, habrá que buscar la posibilidad de que el menor ejerza el comercio, aunque sea indirectamente, pero con independencia de sus padres (ya que esta es la situación que caracteriza su vida independiente). El artículo 5.º del Código de comercio parece brindar semejante posibilidad (84). En él se prevé la posibilidad de suplir la incapacidad de los guardadores (representantes legales).

"Los menores de veintiún años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes le suplirán en el ejercicio del comercio".

No veo ningún inconveniente para aplicar esta forma de completar la incapacidad de los guardadores directamente al menor de vida independiente, puesto que carece (a efectos patrimoniales) de tales guardadores y, sin embargo, no es capaz para el comercio. En tal caso, él nombrará a los factores y estos dependerán directamente de él.

El artículo 5.º del Código de comercio parte de un incapaz que no tiene la libre disposición de sus bienes, como muestra claramente la referencia a su representante legal, incluso utilizando la palabra especialmente expresiva de *guardador* (85). Por ello es lógico que el artículo se refiera únicamente a la *continuación* del comercio ejercido por los causantes del menor o incapacitado, impidiendo así que sean los representantes legales quienes decidan invertir el patrimonio de sus representantes en una empresa mercantil, dado el riesgo inherente a todas las actividades comerciales (86). Sin embargo, esta razón no subsiste cuando, como en el caso que nos ocupa, el menor tiene la libre disposición de sus bienes (con las limitaciones del ar-

(84) GARRIGUES: "Para *actuar* por sí mismo como comerciante, es decir, ejercer *personalmente* el comercio, se requiere la capacidad del artículo 4.º y la dedicación habitual al comercio. Mas para *ser* comerciante basta tener la capacidad jurídica general, sin necesidad de dedicarse personalmente al comercio." *Curso de Derecho Mercantil*. Vid. pág. 232.

(85) Con lo que queda omitida, en principio, la situación del menor emancipado. Creo que para él cabe la misma solución dada para el menor de vida independiente.

(86) Vid. el artículo 269, número 4.º del Código civil.

título 317 del Código civil). Por ello, no veo tampoco inconveniente en extender el régimen más arriba señalado a supuestos en los que el menor de vida independiente decida dedicarse al comercio, creando una empresa o adquiriendo otra ya existente a título oneroso. El artículo 5.º del Código de comercio no tiene una redacción restrictiva (como sería: “podrán sólo continuar”). Se limitan a enunciar una posibilidad y no excluye su aplicación analógica a casos similares. Por otra parte, aunque la palabra “causantes” del artículo 5.º del Código de comercio haya sido referida al causante a título gratuito y, en especial *mortis causa*, dada su equiparación con los padres del interesado y dada la redacción del número 4.º del artículo 269, no hay que olvidar que así enunciada genéricamente abarca a todos los antecesores en la titularidad de la empresa de cuya continuación se trate y de quien el interesado haya recibido su título, incluso si es *inter vivos* y a título oneroso. Para aceptar semejante interpretación, el número 4.º del artículo 269 del Código civil no constituye obstáculo, puesto que es lógico que el tutor no pueda hacer todo lo que se permite al titular de la patria potestad, quien normalmente detenta un usufructo especial que incluye hasta la posibilidad de enajenar libremente los bienes muebles del menor. Una vez aceptado ese sentido amplio de la palabra *causante*, no hay razón para que el padre pueda adquirir una empresa a título oneroso con el patrimonio de su hijo (y, por tanto, en nuestro caso, el menor de vida independiente con su propio patrimonio) y no pueda, en cambio, crear una empresa comercial *ex novo*.

Un último tema a caballo entre lo patrimonial y lo personal es el de los bienes de la personalidad, especialmente en los que se refieren a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial. Es doctrina extendida la que mantiene que el menor es quien tiene la administración de tales bienes, lo que coincide con el respeto debido a su persona. Yo creo que el principio que se defiende con esta doctrina es, sin lugar a dudas, sumamente positivo. Pero también creo que choca directamente con los poderes concedidos al padre (o a la madre) en el artículo 155 sobre la persona del hijo. Sobre todo, dado el régimen de arbitrariedad con que hemos visto que aquél puede actuarlos (87). Si un padre tiene a su cargo la educación e instrucción de su hijo, junto con el deber de representarle en todo lo que pueda resultarle provechoso, ¿cómo negarle la decisión sobre la comercialización de las creaciones del mismo, cuando ésta puede ser decisiva para la formación artística, literaria o científica del hijo, así como para su triunfo en dichos campos? Si a ello unimos que el hijo recibe alimentos del padre (o de la madre), que vive en su compañía y que

(87) El Código civil italiano trata de articular ese principio, pero a partir del momento en que el menor alcance los dieciocho años de edad: “L'autore che ha compiuto diciotto anni ha capacita di compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere da lui create e di esercitare le azioni che ne derivano” (artículo 2.580, párrafo 2.º).

éste puede corregirle y castigarle en la forma ya descrita de amplísima discrecionalidad, cabe concluir que resulta difícil concebir cualquier resistencia legalmente eficaz por parte de aquél hijo frente al padre, por lo que se refiere a decisiones sobre los mencionados bienes. De nuevo aquí, sólo cuando las extralimitaciones del padre sean graves y manifiestas se puede poner coto a su libre arbitrio.

En cambio, la vida independiente del hijo sí que le sitúa en situación —tal y como nosotros la concebimos— de regir realmente su persona y, por tanto, de administrar todos sus bienes de la personalidad. Culquier intento del padre (o de la madre) por actuar al respecto no podrá estar distorsionado por fines económicos mientras subsista la vida independiente del menor, puesto que éste administra todo su patrimonio. En todo caso, tendrá que estar justificado si el hijo se opone al mismo. Y no se olvide que en éste, como en los demás temas, el hijo de vida independiente se encuentra *objetivamente* en condiciones adecuadas para tener un propio criterio.

Hemos estudiado en el apartado V, el sentido equívoco que inicialmente tuvo en nuestro ordenamiento la referencia al no estar en compañía de los padres como requisito caracterizador de la vida independiente del menor hasta que el Código civil prescinde del mismo, a pesar de la referencia residual a dicha idea contenida en el artículo 160. Toda la doctrina reconoce unánimemente que el seguir viviendo o no en compañía de los padres no tiene nada que ver con la independencia del hijo no emancipado, puesto que ésta hace referencia al autogobierno económico del mismo (88). Así pues, el hijo puede gozar de la situación del artículo 160, parte segunda, aunque siga viviendo con su padres. Sin embargo, frecuentemente la independencia económica se verá acompañada y, en cierto modo, confirmada y afianzada, con un domicilio del hijo distinto del de sus padres.

En este último caso, dicho domicilio habrá de ser respetado en principio por los padres y reconocido legalmente como tal a todos los efectos. Es cierto que los incapaces carecen *a priori* de propio domicilio, atribuyéndoseles el de sus representantes legales (artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a una mayor valoración del domicilio real (*de facto*), frente al legal (derivado del que tenga el representante legal), cuando aquél se base en una renuncia expresa o tácita de dicho representante para imponer la unidad de domicilio (89). Sólo cuando el padre (o la madre) justifique pues adecuadamente su voluntad de reincorporar al hijo no emancipado al propio domicilio, podrá llevarlo a cabo en contra de la voluntad de aquél (90).

(88) Vid. Nota 59.

(89) DE CASTRO, *Derecho civil...* Vid. pág. 465.

(90) MANRESA: "En su *Cuestionario de Código civil* presenta el Sr. Navarro Amandi la hipótesis de que un padre que ha conseguido que su hijo tenga un establecimiento público comercial con independencia de él, reclame que viva en su compañía cuando vea que aquél goza de prosperidad. Esta

Si, por el contrario, el hijo de vida independiente permanece en el domicilio familiar, pueden plantearse dos tipos de conflictos. El primero cuando el hijo pretenda abandonar dicho domicilio en contra de la voluntad de sus padres. Sólo cuando su permanencia en el mismo sea perjudicial para su economía y no haya otra razón que, a pesar de ello, la justifique, podrá el menor vencer la oposición de sus padres. De lo que se deduce un principio que se puede extender a todas las consecuencias personales de la vida independiente del menor. Será la parte que desee alterar la situación fáctica ya creada y existente, la que tenga que probar la especial bondad y justificación del cambio que desea hacer (el hijo) o que desea imponer (el padre), puesto que cabe entender *a priori* que, dentro de las condiciones preexistentes, la independencia del hijo se desarrollaba adecuadamente.

El segundo tipo de conflictos se refiere al cambio domiciliar de los padres cuando éstos desean imponérselos también al hijo. Aplicando el principio arriba mencionado, serán entonces ellos los que tengan que probar que dicho cambio no perjudica a la economía del menor o que, en su caso responde a una justa causa, aunque produzca alguna dificultad en aquélla.

La articulación de la situación del menor de vida independiente con respecto a las facultades que, frente a él, sigue teniendo el titular de la patria potestad, adquiere una especial complejidad al abordar los temas de vecindad civil y de nacionalidad (91). La facilidad con la que se puede admitir la separación de domicilio con respecto a sus padres desaparece al tratarse de materias relacionadas con el estado civil de las personas (orden público), y una de ellas, concretamente, también con la soberanía nacional. Se trata además de una faceta del estado civil especialmente vulnerable al fraude legal.

cuestión la resuelve el citado comentarista de acuerdo con el Sr. García Goyena y con el buen sentido, sosteniendo que debe quedar a la prudencia del Juez el decidir si el padre procede o no por codicia." *Comentarios...* Vid. página 29. SÁNCHEZ ROMÁN: "... es racionalmente derecho del hijo a que se le respete la independencia de domicilio que, por circunstancias especiales, hayan creado hechos consentidos o provocados por el padre o que sean producto de necesidad legal.

Ejemplo de la primera clase serán aquellos que sean resultado del ejercicio de cargos, desempeño de oficio, práctica de profesión o establecimiento de industria, que el padre hubiera consentido respecto del hijo de cierta edad, pero sometido todavía a la patria potestad, en cuya hipótesis algún fundamento puede aconsejar que no deba rectificarse por la simple voluntad del padre, sin justificación alguna, si con ello se causa evidente perjuicio al hijo. En este caso, ya por la racionalidad del mismo, ya por el concepto expreso del *deber de tenerlo en su compañía*, que respecto de los hijos impone el Código al padre, parece que la solución procedente sería la que se derivara de la resolución judicial, con el debido conocimiento de causa". Op. cit. Vid. pág. 1138.

(91) En contra DE CASTRO: "El hijo no emancipado, aunque tenga vida independiente, tiene la nacionalidad (art. 18) y sigue la condición del padre avendado en territorio de Derecho común o foral (art. 15)." *Derecho civil...* Vid. pág. 197. Nota 5.

De ahí las precauciones del legislador, que se plasman, por lo que a nuestro caso atañe, en el principio de unidad familiar que nuestro Código civil aplica tanto a la vecindad como a la nacionalidad. Es un obstáculo insalvable que impide a los hijos cambiar de nacionalidad por su cuenta antes de alcanzar la emancipación. Hasta entonces conservan pues la nacionalidad y la vecindad que les corresponda por nacimiento (*ius sanguinis*) y sólo pueden cambiarla de manera derivada al adquirir otra el titular de la patria potestad (es un cambio derivado) (artículos 15, párrafo 3.º, 19, párrafo 3.º, 23, número 5.º).

Así pues, por muy justificado que pueda estar hipotéticamente el cambio de vecindad o de nacionalidad deseado por el hijo de vida independiente, no resulta posible, puesto que habría que acudir a su emancipación y nuestro ordenamiento no acepta con carácter general la judicial (sólo en el supuesto del artículo 168 del Código civil) (92).

Pero como contrapartida a esta limitación personal absoluta al hijo de vida independiente, también cuesta imaginar supuestos en los que la aplicación del cambio de vecindad y, sobre todo, de nacionalidad del padre (o de la madre) no afecte directa o inmediatamente al régimen patrimonial de aquél. Sobre todo cuando el cambio se fundamente en una alteración de residencia del titular de la patria potestad que el hijo no emancipado no haya seguido, precisamente en base a su independencia.

Ahora bien, el principio de unidad familiar no permite dar cauce directamente a la voluntad del hijo de evitar ese cambio. Habrá que pasar previamente por la eliminación de la patria potestad para que el hijo de vida independiente pueda conservar su nacionalidad o su vecindad. El único cauce posible es el de la *dureza excesiva* del artículo 171 (interpretado en el sentido amplio que hemos expuesto). De esta forma, el hijo de vida independiente dejará de estar sometido a la patria potestad (aun en su forma disminuida) y pasará a depender de una tutela, constituida normalmente, de acuerdo con los requisitos del Código civil, y cuyo contenido también estará disminuido, de forma análoga a lo que ocurría con la patria potestad. Sobre la compatibilidad de la tutela con la vida independiente del menor no hay lugar a dudas, como se verá en el próximo apartado.

El último tema de esta faceta personal de la situación jurídica del menor de vida independiente se encuentra en la mayor autonomía que cuenta para contraer matrimonio al margen de la licencia regulada en los artículos 45 y siguientes del Código civil. La doctrina se refiere normalmente a la vida independiente del menor al comentar la sanción contenida en la regla segunda del artículo 50. Se considera que, puesto que el matrimonio determina la emancipación, ese menor contemplado en el mencionado precepto disfrutará de una vida inde-

(92) Sólo sería posible la habilitación de la mayor edad, para lo que habría de constituirse previamente el consejo de familia (Vid. artículo 322 del Código civil).

pendiente y, por consiguiente, gozará de los efectos derivados de ella (93). Con lo que se palía el alcance de la sanción. Naturalmente, para ello se parte de la interpretación restrictiva del artículo 160, puesto que para mí —tal y como lo he expuesto— el disfrute de dicha situación implica la administración de todo el patrimonio y ésto es precisamente lo que prohíbe la sanción contemplada. Admito que el menor casado sometido a élla tendría la administración de los bienes que adquiriera con su industria y trabajo, y nada más. Pero ello constituye un régimen distinto (menos *independiente* patrimonialmente), que el del artículo 160. Lo que se justifica, puesto que la vida independiente alcanzada por el menor no emancipado previamente a través del matrimonio es otra que la prevista en el artículo 160. Por la sencilla razón que mientras ésta se basa en el consentimiento (al menos el inicial) de los padres, aquélla es una vida independiente impuesta a los padres, (94). De ahí que sus consecuencias económicas sean inferiores a las del artículo 160.

Pero lo que más me importa señalar es que, frente a la aquí combatida interpretación restrictiva del artículo 160, la propuesta por mí implica también, como indicaba, una mayor libertad personal del menor frente al matrimonio. Resultado que, sin duda, me parece hoy en día positivo.

En efecto, adoptando la interpretación restrictiva del artículo 160, segunda parte, tanto antes como después del matrimonio el menor administra los bienes adquiridos con su industria o trabajo. Pero con interpretación aquí defendida, se plantea el problema de saber si se aplicará la sanción del artículo 50, regla segunda, puesto que el menor de vida independiente administra ya antes del matrimonio todo su patrimonio. Con la primera interpretación la sanción implica que la independencia del menor no aumenta (en el terreno patrimonial); con la segunda, la sanción implicaría una disminución de su independencia. Precisamente porque el menor no ha alcanzado su independencia a través del matrimonio, *imponiéndosela* a sus padres, sino anteriormente y *con su consentimiento*, parece que el supuesto de aplicación de esa sanción no es el del hijo de vida independiente anterior al matrimonio. No responde ni a los principios orientadores de la situación del hijo de vida independiente (tal como cabe deducirlos del estudio hasta aquí realizado), ni a las razones que justifican las sanciones del artículo 50, la aplicación de la regla segunda del mismo a aquél.

(93) ALBALADEJO, Op cit. Vid. pág. 123; DE CASTRO, *Derecho civil...* Vid. pág. 235; *Compendio...* Vid. pág. 211.

(94) DE CASTRO: "El radio de acción de la regla (segunda del artículo 50) comprende sólo al menor que queda emancipado por el matrimonio contraído violando alguna de las prohibiciones del artículo 45. No merece obtener el beneficio de la emancipación en todo su alcance quien lo consigue mediante una infracción legal. La disposición tiene, pues, una clara finalidad punitiva." *Derecho civil...* Vid. pág. 234.

Pero es que además, la misma interpretación literal del precepto abona esta solución, ya que dicha regla establece que el menor “no recibirá la administración de sus bienes hasta que no llegue a la mayor edad”. Y aquí esta posibilidad no existe porque el menor *ya tiene* la administración de sus bienes.

Así pues, de mi interpretación no sólo deriva una mayor libertad del menor de vida independiente para contraer matrimonio, sino también una mayor amplitud de los efectos de la emancipación alcanzada con su matrimonio.

VIII. CAPACIDAD DEL MENOR DE DIECIOCHO AÑOS DE VIDA INDEPENDIENTE

A nadie escapa que el menor de vida independiente será normalmente un mayor de dieciocho años, dado el desarrollo de la personalidad necesario para llegar a un autogobierno económico, así como si se tienen en cuenta las posibilidades económicas, sociales y jurídicas existentes en España con respecto a los menores de dieciocho años. Sin embargo, ya hemos señalado en repetidas ocasiones que el artículo 160 no contiene ningún límite de edad. Este vendrá determinado por la propia realidad, determinante de la posibilidad o imposibilidad *en cada caso* de una vida independiente del menor. Por ello se plantea el problema de decidir si, al igual que en la emancipación, cabe hacer un distingo entre los mayores y los menores de dieciocho años.

Normalmente, los que han equiparado el artículo 160, segunda parte, a una emancipación tácita han optado por la distinción (95). En cambio, la doctrina más autorizada defensora de la interpretación restrictiva del artículo 160 ha optado por la solución contraria, aunque, eso sí, ha considerado que eran de aplicación los límites contenidos en el artículo 317 del Código civil (96).

Los primeros tratan de evitar las consecuencias más graves a que podría llevar una emancipación sin un mínimo de edad. Los partidarios de la segunda orientación tratan, por el contrario, —al rechazar la distinción— de imponer la necesidad de restringir el alcance del artículo 160 (tal y como ellos propugnan), puesto que puede aplicarse igualmente tanto a un menor de veinte años, como a un menor de catorce años.

Yo creo que si el artículo 160 establece que el menor se reputará *como emancipado*, habrá que acudir a los casos de emancipación más parecidos (por sus requisitos materiales) a los posibles supuestos del

(95) MANRESA lleva la distinción a un punto que considero excesivo, al negar que el artículo 160 pueda aplicarse a los menores de dieciocho años. Vid. Nota 5.

(96) ALBALADEJO, Op. cit. Vid. pág. 124; DE CASTRO, *Derecho civil...* Vid. pág. 197; RAMOS, Op. cit. Vid. pág. 155; SANTAMARÍA, Op. cit. Vid. página 352.

artículo 160 para ver el alcance de la independencia concedida en ellos al menor. Por ello, entiendo correcto que se considere que la emancipación del artículo 160 no es la que corresponde al mayor de edad, sino la que corresponde tanto al mayor de dieciocho años (artículo 317 del Código civil), como la que corresponde al menor de dieciocho años (artículo 59, párrafo 2.º del Código civil). No se trata de atender a una emancipación especial por matrimonio para interpretar el artículo 160, sino al único supuesto en que el Código civil prevé la emancipación de un menor de dieciocho años y que, por esa razón, ha de funcionar de módulo para todos los supuestos similares.

Lo que me parece contradictorio es aplicar el artículo 317 al menor de vida independiente y no aplicar, en su caso (menor de dieciocho años) el artículo 59, párrafo 2.º. Las mismas razones existen para la aplicación analógica del uno y del otro. Por ello sospecho que, tal y como señalo más arriba, esta línea de conducta frente al artículo 160 responde más a la defensa o afianzamiento de la interpretación adoptada para el mismo que a una integración correcta del sistema del Código civil sobre la materia.

Naturalmente, la aplicación del artículo 59, párrafo 2.º, determinará una margen de independencia mucho más reducido para el menor y, paralelamente, una mayor intervención del titular de la patria potestad, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial del menor. Si embargo, creo que, a pesar de los cambios cuantitativos derivados de esta disminución y aumento respectivo de poderes, sigue inalterado *cualitativamente* el esquema trazado anteriormente con carácter general:

- Todo el patrimonio del menor pasa a ser administrado por él (ahora conjuntamente con el titular de la patria potestad).
- El ejercicio de la patria potestad deja de ser arbitrario y pasa a estar controlado concretamente, con necesidad de justificar cada alteración del *status* existente *de facto* (cierto que ahora las razones alegables por el padre serán mucho más numerosas).

IX. EL MENOR DE VIDA INDEPENDIENTE SOMETIDO A TUTELA

Aunque la vida independiente del menor se encuentra regulada en el Código civil con referencia a la patria potestad, no plantea ninguna duda en la doctrina su extensión al menor de edad sometido a tutela (97). Sin embargo, se suele descuidar un tratamiento específico del caso, aunque evidentemente la aplicación a la tutela de los

(97). ALBALADEJO, Op cit. Vid. pág. 124; DE CASTRO, *Derecho civil...* Vid. pág. 199.

requisitos y del régimen del menor de vida independiente no puede ser mecánica y, además, plantea una propia problemática. No pretendo tratar con detalle dicha problemática. Pero sí que considero oportuno esbozarla y apuntar las soluciones que parecen más atendibles, puesto que existe un vacío doctrinal total al respecto. Para ello habrá que atender a los dos casos principales en los que la independencia del menor pueda incidir sobre la tutela.

El primero de ellos se produce cuando la vida independiente del menor nace una vez constituida la tutela. Conviene hacer algunas puntualizaciones, tanto sobre dicho nacimiento, como sobre el régimen y contenido de la tutela a partir de ese momento.

Dada la redacción que el Código civil utiliza para fijar los deberes del tutor (artículo 264, números 1.º y 4.º) y su sumisión al consejo de familia en la adopción de cualquier decisión importante que afecte directamente a la vida del pupilo (artículo 269, números 1.º, 2.º y 3.º), cabe deducir que la independencia del menor no puede nacer sólo en base al consentimiento del tutor. Será necesaria la autorización del consejo de familia, respaldando dicho consentimiento (98). Ciertamente podrá entenderse concedida la autorización cuando la independencia fáctica del menor se desarrolla con conocimiento (aunque sea casual) de los miembros del consejo de familia y sin que medie oposición por su parte.

En cuanto al contenido de la tutela, éste sufre una importante reducción análoga a la que hemos visto en la patria potestad. Los plenos derechos y deberes del tutor, del protutor y del consejo de familia subsisten potencialmente, en tanto en cuanto pueda concluir por una justa causa la independencia del menor. Pero, en la actualidad, desaparecen los patrimoniales y quedan profundamente debilitados los personales.

Conviene resaltar que, por lo que se refiere al patrimonio, la administración del menor no implica una adquisición de su usufructo, puesto que ya lo tenía con anterioridad (99); pero sí desaparece la retribución del tutor. Los párrafos 2.º y 3.º del artículo 276 evidencian que dicha retribución se relaciona con la administración de los bienes del pupilo.

Puesto que las funciones patrimoniales del tutor quedan actualmente suspendidas, parece lógico aplicar al caso lo previsto en los artículos 279 a 287 acerca de las cuentas generales de la tutela, permitiendo así al tutor cancelar totalmente la fianza (artículo 259) (100). Naturalmente, sin perjuicio de su reconstitución, junto con todas las formalidades previstas para la constitución de la tutela, en el caso de que concluyese la independencia del menor. También se incluye

(98) También será necesaria para su revocación.

(99) Incluso cuando se asignan al tutor los frutos por alimentos (artículo 279 del Código civil).

(100) Lo que se puede aplicar también a los casos del artículo 166 del Código civil.

en esta misma línea de pensamiento, basada en la capacidad del menor de vida independiente para autogobernarse, la eliminación de la prohibición contenida en el número 4.º del artículo 275, salvo cuando se trate de bienes inmuebles, dada la intervención que en tal caso ha de tener el tutor (artículo 317), o cuando el menor tenga menos de dieciocho años (artículo 59, párrafo 2.º).

En este caso no plantea problemas actuar la defensa del menor, dado que "el protutor está obligado: 2.º A sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor" (artículo 236). La diferencia frente a su posición normal en la tutela estriba en que su defensa del menor no dependerá sólo de su iniciativa, sino más bien de la del propio menor de vida independiente.

El segundo caso que pretendemos contemplar es aquél en que la vida independiente del menor ha nacido antes de que se constituya la tutela, es decir, cuando el menor se encontraba sometido a la patria potestad. En principio, podría pensarse que, una vez extinguida la patria potestad, habría llegado el momento adecuado para confirmar definitivamente la independencia del menor con la emancipación. Sin embargo, semejante posibilidad no existe en nuestro ordenamiento, ni aún cuando el menor haya alcanzado la edad de dieciocho años. La emancipación judicial no existe en nuestro ordenamiento más que con carácter excepcional (artículo 168). Sólo el consejo de familia podría adoptar eficazmente dicha decisión (artículos 322 y siguientes).

El problema principal que plantea este segundo caso es el de saber si vale la pena cumplir los complicados requisitos exigidos por el Código civil para la constitución de la tutela. Un tema parecido es el del menor emancipado, no sujeto a tutela (artículos 200, número 1.º, y 278, número 1.º), y, sin embargo, necesitado de la intervención del tutor (artículos 59, párrafo 2.º y 317). Pero hay una diferencia importante, y es que el menor de vida independiente no está emancipado y, consecuentemente, sigue sometido plenamente (en potència) a la tutela. Hasta el punto de que, mediando justa causa, puede verse negada su independencia y sometido actualmente al contenido normal de la tutela. De ahí que parezca insalvable en este caso la constitución de la misma. Ahora bien, reducida en principio a un ejercicio tal y como lo hemos descrito para el caso anterior. Con la consecuencia de eliminar de dicha constitución todos los requisitos relacionado con la protección del patrimonio del menor (fundamentalmente, la realización de su inventario —artículos 264 y siguientes— y la constitución de una fianza —artículos 252 a 260—).

X. CONSIDERACIONES FINALES

Mantener la interpretación que hemos defendido para acotar la situación jurídica del menor de vida independiente, como resulta del

artículo 160 del Código civil, no supone rechazar la viabilidad legal y la utilidad (tanto para el desarrollo personal del menor, como para la seguridad del tráfico) de supuestos en que la actuación del menor sea plenamente eficaz en base a autorizaciones (reales o presuntas) más o menos amplias de sus representantes legales. Con esta construcción deben conectarse en verdad muchas de las normas especiales que vienen a potenciar la capacidad del menor en determinado sector, pero, como ya indicábamos al comienzo, dicha construcción puede fundamentarse directamente en la teoría general de la representación legal. No es preciso acudir al artículo 160, que hace referencia a un supuesto distinto. Ciertamente que la doctrina más autorizada, partidaria de una interpretación restrictiva del mismo, distingue la situación del menor de vida independiente frente a la situación del menor que actúa en base a una autorización concreta. Pero, de acuerdo con dicha doctrina, no cabe distinguir más que una diferencia *cuantitativa* entre ambos casos (101) (si hacemos caso omiso del usufructo de los bienes (102)). En cambio, para mí, de acuerdo con lo expuesto, la diferencia es *cualitativa*.

Ya hemos argumentado por qué la construcción que tratamos de defender sobre la vida independiente del menor nos parece sustancialmente preferible a las dos otras construcciones existentes hasta el presente en nuestra doctrina. Como decíamos, responde a una mejor defensa de los intereses, tanto patrimoniales como personales, del menor. Hasta el punto de que la amenaza del fraude, con frecuencia esgrimida por los autores en este tema, resulta especialmente disminuida con ella. En primer lugar, conviene insistir en que la vida independiente del menor se monta sobre una situación fáctica cuya apariencia no es fácil de alcanzar artificialmente. En segundo lugar, la misma importancia jurídica de sus efectos (reducción drástica de los poderes propios del representante legal) harán sumamente problemática su manipulación con fines fraudulentos. En tercer lugar, aunque no sea una situación revocable según el arbitrio del representante le-

(101) En efecto, aunque DE CASTRO distinga ambos supuestos, tanto en su *Compendio* (Vid. Nota 35) como en el *Derecho civil de España*, al estudiar la autorización del *representante legítimo* (Vid. pág. 200) como una causa distinta (a la vida independiente del hijo menor de edad) de ampliación de la capacidad de obrar del menor (Vid. pág. 193), él mismo admite que las disposiciones especiales que amplían la capacidad del menor se basan en el artículo 160 y que ello debe constituir un argumento en contra de una interpretación amplia del mismo (Vid. la consideración 5.^a en la Nota 14). Más adelante añade: "no se ha creado un cambio de estado o definitivo en la condición jurídica del hijo, sino una ampliación de su poder y de su responsabilidad sobre un conjunto de bienes, cuya naturaleza se aproxima más a una autorización general tácita que a una verdadera emancipación" (Vid. página 196). Para mí, la única diferencia con dicha autorización general tácita estará, en su caso, en la extinción del usufructo legal del titular de la patria potestad.

(102) Frecuentemente, la autorización concreta se acompaña de una renuncia tácita al usufructo de los bienes sobre los que recae. Argumento ex artículo 161 del Código civil. Vid. las Notas 31 y 34.

gal, tampoco tiene carácter irreversible; por lo que no cabe una desprotección del menor.

Otro dato importante hace referencia a la vigencia social de este instituto. Me atrevo a asegurar que la emancipación es una institución con una vigencia mucho más reducida, practicada fundamentalmente en ambientes sociales elevados. Con frecuencia se ha dicho que el Derecho civil permanece alejado de las clases populares. Quizá en este caso se pueda predicar lo mismo de la emancipación de los menores. No, en cambio, de su vida independiente. Esta, basada en una situación fáctica, cumple sin duda la función de aquélla en la mayor parte de las capas sociales.

Dicho ésto, concluyo preguntándome hasta qué punto esta vida independiente del menor no es una institución superior a la emancipación. Desde luego, presenta dos caracteres que parecen concederle ciertas ventajas: se trata de una situación que se basa *necesariamente* en una capacidad real de autogobierno por parte del menor y, además, no tiene carácter definitivo, puesto, que puede y *debe* ser revocada mediando justa causa (no olvidemos que los deberes del representante legal subsisten virtualmente en su plenitud y actualmente también, aunque debilitados).

En torno al privilegio del crédito «quirografario»

RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

Profesor de Derecho Civil en la Universidad
de Deusto (Bilbao)

Dentro de los privilegios generales del artículo 1.924, vamos a citar exclusivamente el que contiene la letra A) del número 3.º: “los créditos que sin privilegio especial consten en escritura pública”. La preferencia concedida a estos créditos, llamados “quirografarios”, es un trasunto de la establecida en el número 4.º del artículo 913 del Código de comercio a favor de los allí denominados “escriturarios”.

La atención que dedicamos a los créditos quirografarios se justifica por la aguda teoría que en torno a ellos esboza Díez-Picazo en su reciente obra “*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*”, (edit Tecnos, Madrid, 1970, I, pág. 765). El prestigioso profesor estudia el origen histórico de este privilegio, que coloca en una finalidad recaudatoria, ya que por su mediación se trató de estimular la utilización de papel sellado por parte del público. Ciertamente que este criterio no es único, ya que Gullón, por ejemplo, apunta que este privilegio puede tener su origen en el que ostentaba el acreedor escriturario sobre todos los bienes del deudor en virtud de una cláusula inserta en los documentos públicos, cláusula que llegó a ser de estilo, a tenor de la cual el deudor obligaba todos sus bienes presentes. Pero en realidad este problema es un tanto secundario. Lo que aquí nos interesa es la afirmación de Díez-Picazo, llena de razón desde el punto de vista lógico, de que “el apartado final del artículo 1.294 debe considerarse como un cuerpo extraño al sistema... que atenta a la *par conditio creditorum* y que debe ser, cuando menos, objeto de una rigurosa interpretación restrictiva”. Y añade que esta interpretación permite hacer hincapié en dos puntos clave, en base al mismo texto legal. Por un lado el Código dice: “los créditos que *sin privilegio especial consten...*”. Luego para la Ley estos créditos no son privilegiados. Y más adelante el mismo número 3.º del artículo aclara: “estos créditos tendrán preferencia *entre sí* por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras...”. Ese “*entre sí*”, en la opinión de Díez-Picazo, puede significar que la preferencia que el Código les otorga juega únicamente cuando concurren sólo créditos de ese tipo, sin que haya razón para anteponerlos a los créditos no quirografarios cuando éstos existan.

La interpretación es ciertamente ingeniosa y permite salvar un anacronismo, cual es el de otorgar preferencia a un crédito simplemente en función de la adopción de una formalidad determinada, pero encuentra el obstáculo del artículo 1929, que al establecer el orden de satisfacción de los créditos que no sean singularmente privilegiados, señala el siguiente:

- “1.º Por el orden establecido en el artículo 1.924.
- 2.º Los preferentes por fechas, por el orden de éstas, y los que la tuviesen común a prorrata.
- 3.º Los comunes a que se refiere el artículo 1.925, sin consideración a sus fechas”.

Obsérvese, desde luego, la circunstancia curiosa de que el Código coloca en diferente rango los créditos del artículo 1.924 y los que llama pintorescamente “preferentes por fechas” (es decir, los del número 3.º de aquel precepto), a pesar de que unos y otros están situados en el mismo artículo 1.924. Es obvio que con decir “por el orden establecido en el artículo 1.924” ya englobaba a unos y otros, sin necesidad de mencionar específicamente a “los preferentes por fechas”. Parece que el legislador quisiera mostrar su convicción de que entre ambos hay algún signo diferencial. Esta diferenciación apoya, en este sentido, las palabras “sin privilegio especial”. No obstante, a pesar del “entre sí” del último párrafo del mismo artículo 1.924, es preciso señalar que el artículo 1.929, al establecer el orden de cobro, coloca claramente a los “créditos comunes” (los que ordinariamente se llaman “no privilegiados”) en un lugar posterior a los “preferentes por fechas”, esto es, a los quirografarios. En otras palabras, aunque pueda ponerse en tela de juicio el que los créditos quirografarios sean realmente privilegiados parece que no hay duda de que están dotados de una preferencia para el cobro en virtud del artículo 1.929 del Código civil. Preferencia que según el orden de ese mismo artículo obligará a la satisfacción total de los créditos quirografarios antes de proceder al pago de los comunes.

Por otra parte, aunque el trato de favor que el Código civil concede a los créditos quirografarios no sea muy justificado, lo cierto es que también lo otorga el de comercio cuando en el artículo 913 antepone los “acreedores escriturarios” a los “acreedores comunes por operaciones mercantiles” y a los “acreedores comunes por Derecho civil”. (núm. 4.º, 5.º y 6.º).

Ahora bien, la referencia al Derecho mercantil nos sugiere un problema que bien podría resolver, aunque sea con abuso de sutileza, la ingeniosa observación de Díez-Picazo, que de este modo gozaría de una interesante trascendencia práctica. Nos referimos al siguiente problema: el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 1922, señala en el párrafo 3.º cuáles son los acreedores dotados del derecho de abstención a la Junta y por tanto liberados de los acuerdos que en ella se adopten. Esos acreedores son los “singular-

mente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios, comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 913 del Código de comercio". Este último formula el orden de prelación de créditos en las operaciones de liquidación del pasivo en las quiebras y en sus números 1.º, 2.º y 3.º señala: los singularmente privilegiados, los privilegiados que tuvieren consignado un derecho preferente en el propio Código de comercio y los privilegiados por derecho común.

La referencia a los créditos "privilegiados por derecho común" permite pensar en todos los incluidos en los artículos 1.922 y 1.923 y 1.924 del Código civil. Ahora bien, nos encontramos con que el número 4.º del artículo 913 del Código de comercio se refiere a los "acreedores escriturarios", que por estar incluidos en dicho número no gozan del derecho de abstención, a tenor del artículo 15 de la Ley de 1922. Señalemos que la doctrina entiende unánimemente que créditos escriturarios son los contenidos en escritura pública y títulos intervenidos por mediadores colegiados. Por otra parte, el artículo 1.924, número 3.º, letra A) del Código civil cita los créditos que consten en escritura pública. De acuerdo con la interpretación tradicional, estos créditos son *también* privilegiados, al igual que los enumerados en los dos números anteriores del mismo artículo 1.924 y que los citados en los artículos 1.922 y 1.923. Esta inteligencia conduce a una pregunta inevitable: ¿cómo es que según el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos no tienen derecho de abstención los acreedores escriturarios y sin embargo sí lo tienen los quirografarios del número 3.º, letra A) del artículo 1.924 del Código civil a través de esa remisión genérica que el número 3.º del artículo 913 del Código de comercio hace a los "créditos privilegiados por derecho común"? Desde un punto de vista técnico no parece coherente, ya que los créditos quirografarios son parte de los llamados por el Código de comercio "escriturarios". Y también desde el punto de vista lógico parece justificada la conclusión a que hemos llegado, ya que si el favor que se otorga a los créditos quirografarios a través del derecho de abstención se funda en la veracidad incontestable de sus títulos, a causa de la intervención del Notario, fedatario público, no parece razonable excluir a los escriturarios, que en todo caso están también dotados de la garantía que deriva de estar autorizados por otro fedatario.

Llegados a este punto, y acogiendo la tesis de Díez-Picazo, podemos pensar que las incongruencias apuntadas no existen realmente *porque los créditos que constan en escritura pública no están dotados del derecho de abstención en la suspensión de pagos*. Esta afirmación se basaría en el siguiente pensamiento: los acreedores con derecho de abstención son los privilegiados, y en concreto, en lo que a este problema respecta, los "privilegiados por derecho común", como dice el número 3.º del artículo 913 del Código de comercio. Obsérvese que este número dice "privilegiados por derecho común", no, como podía haber dicho, "los enumerados en los artículos 1.922,

1.923 y 1.924 del Código civil". Al decir el Código de comercio "privilegiados" es obvio que se refiere a los dotados de privilegio. Y aquí es donde conectamos con la sutil observación de Díez-Picazo: éste pone el acento en que el párrafo inicial del número 3.º del artículo 1.924 del Código civil dice: "los créditos que *sin privilegio especial...*". Luego si los créditos quirografarios *no tienen privilegio* es que no son privilegiados y en consecuencia no se hallan incluidos en el número 3.º del artículo 913 del Código de comercio y por tanto, tampoco en el 15 de la Ley de Suspensión de Pagos; en conclusión, no tienen derecho de abstención, al igual que los escriturarios del número 4.º del mismo artículo 913 del Código de comercio. Lo cual, por otra parte, no deja de ser lógico, ya que dentro de estos "escriturarios" se incluyen entre otros los que constan en escritura pública (1).

De otro lado, desde el punto de vista de la propia Ley de Suspensión de Pagos, parece razonable esta posible conclusión, ya que el derecho de abstención constituye un trato notablemente favorable que no parece lógico se deba atribuir a un crédito por el solo hecho de la formalidad externa que reviste el título en que consta.

Un conocido comentarista de la Ley de Suspensión de Pagos, Torres de Cruells, apunta el contrasentido que supone que un acreedor por título intervenido por Agente de Cambio y Bolsa no sea preferente en la suspensión de pagos, aunque justifica esta exclusión señalando que la graduación en la suspensión de pagos excluye el concepto de *prelación* que es inherente a toda liquidación.

Además, Torres de Cruells se inclina, contra la opinión de otros autores, a pensar que los créditos que constan en escritura pública, a que alude el artículo 1.924 del Código civil, no están dotados del derecho de abstención. Y como argumento señala el de que el artículo 15 de la Ley de 1922 se refiere a los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 913 del Código de comercio y no al 4.º, que alude a los créditos escriturarios. Pero esta explicación, en sí, tiene muy poco de convincente, ya que no aborda de manera directa la interpretación del concepto "privilegiados por derecho común" del número 3.º de aquel precepto. Lo que ya nos lleva más lejos es la afirmación de que esos créditos del número 3.º del artículo 1.924 del Código civil no son técnicamente "privilegiados", a pesar de su colocación. Y a esta conclusión nos aproxima el Código civil al encabezar dicho número 3.º con las palabras "créditos que *sin privilegio especial...*".

(1) Creemos conveniente precisar aquí una importante cuestión terminológica: los comentaristas de la Ley de Suspensión de Pagos suelen equiparar las expresiones "créditos ordinarios" y "créditos quirografarios" como una misma cosa, haciendo uso de una terminología muy antigua y quizá más ortodoxa. Los mercantilistas del siglo pasado hablan de "créditos personales o quirografarios" para referirse a los que nosotros llamaríamos "comunes" o carentes de preferencia. Nosotros utilizamos la denominación "créditos quirografarios" para designar a los documentados en escritura pública, de acuerdo con un criterio muy extendido en la doctrina civilista.

No se nos oculta, sin embargo, que esta expresión ("*sin privilegio especial*") puede tener un sentido distinto, técnico. Según esta posible interpretación, cuando el artículo 1.924 utiliza aquellas palabras quiere decir que se refiere a créditos que no gocen de un privilegio especial de los enumerados en los artículos inmediatamente anteriores 1.922 y 1.923. Entendidas así las cosas, la versión de Díez-Picazo caería por su base, ya que la frase "sin privilegio especial" significaría, no que esos créditos *no son privilegiados*, sino solamente *que no son especialmente privilegiados*. En contra de esta interpretación podría decirse que los conceptos privilegio *especial* y privilegio *general* son expresiones doctrinales que el código no utiliza; y de ahí concluir que la palabra "*especial*" del número 3.º del artículo 1.924 no tiene un sentido técnico preciso. No obstante, este argumento es muy endeble y se desvirtúa, por otra parte, si se observa que las calificaciones de "general" y "especial": aplicadas a los privilegios, goza de ascendiente en nuestros textos legales. El Proyecto de 1851, en su artículo 1.923, después de definir el privilegio añadía: "Los privilegios son generales sobre todos los bienes del deudor, o especiales sobre los bienes expresamente determinados por la ley". De modo que se puede entender que las palabras "sin privilegio especial" encuentran su origen en aquella terminología, aunque el Código civil no la utilice más que en esta ocasión.

Sin embargo, la ingeniosa sugerencia de Díez-Picazo deja en el aire una interesante pregunta: ¿son realmente privilegiados los créditos quirografarios del número 3.º, A) del artículo 1.924? En primer lugar, se suscita quizá otro interrogante más amplio: el ser un crédito privilegiado, ¿es lo mismo, *siempre*, que gozar de preferencia para el cobro?, o por el contrario, la denominación de "privilegiado" ¿supone un concepto técnico especial que puede no darse respecto a algunos créditos aunque gocen de preferencia para el cobro?

Ante todo, reparemos en un detalle que *puede* ser significativo: el Código civil, al tratar de la clasificación de los créditos (artículos 1.921 a 1.925) y de la prelación de los créditos (artículos 1.926 a 1.929), se aparta notablemente del Proyecto de 1851 y no utiliza la expresión "privilegio" más que en el caso que venimos tratando, al decir precisamente que ciertos créditos no tienen "privilegio especial" (art. 1.924, 3.º). Cuando el Código quiere aludir a los que la doctrina llama créditos privilegiados no usa de esta denominación, sino que *directamente* alude al efecto que de ordinario se les atribuye: el de "gozar de preferencia para el cobro".

Por otra parte, el Código de comercio es anterior al Código civil. Cuando en el número 3.º del artículo 913 se remite genéricamente a los créditos "privilegiados por derecho común" está haciendo uso de un calificativo ("privilegiado") que sin duda extrae de la doctrina civil vigente a la sazón y probablemente del Proyecto de Código civil de 1851, ya que el Código de comercio de 1829 tampoco hacía uso

de aquella palabra con carácter general y denominaba “privilegiados” sólo a los acreedores “con hipoteca legal o convencional”, aunque incluso dentro de éstos parece distinguirse entre “acreedores hipotecarios privilegiados” y “acreedores hipotecarios no privilegiados” de acuerdo con la doctrina de la época (2).

Los extremos apuntados nos exigen una referencia al concepto de “crédito privilegiado” o “privilegio” en el Proyecto de 1851. Los artículos 1.923 a 1.927 versan sobre *los privilegios* y los 1.928 a 1.932 sobre la *clasificación de los créditos*. Entre los primeros no se menciona en absoluto ningún pretendido privilegio a favor de créditos documentados en escritura pública. Es al tratar de la clasificación de los créditos donde el Proyecto los cita. En concreto, el artículo 1.928 se encabeza con las siguientes palabras: “Los diversos créditos contra un mismo deudor se pagarán según el orden de precedencia, y sobre los bienes que se le asignan, en los grados siguientes”. Y a continuación formula 7 grados. En el quinto dice: “Con el precio de los bienes no comprendidos en los artículos anteriores, los créditos que constan de escritura pública, y aquellos cuya data sea cierta, según lo dispuesto en el artículo 1.209”.

García Goyena, en sus *Concordancias*, dice al respecto: “Grado 5.º. En los grados anteriores se ha tratado de los créditos privilegiados e hipotecarios: vienen ahora los que en el lenguaje forense suelen llamarse chirografarios, aunque no se encuentre esta palabra en el Diccionario de la Lengua”. Es decir, para García Goyena “los créditos que constan de escritura pública” no son privilegiados. Acaso pudiera utilizarse este argumento para entender que cuando el Código de comercio —anterior al Código civil— se refiere en el artículo 913, número 3.º, a los “privilegiados por derecho común”, está remitiéndose no a todos los créditos que según las reglas civiles gozan de preferencia para el cobro sino solamente a los que en la época de su redacción se consideraban estrictamente “privilegiados”; de donde se desprendería que en dicho número no se incluyen los créditos documentados en escritura pública. Lo cual, por otra parte, explicaría perfectamente la alusión hecha en el número 4.º del mismo artículo a los “créditos escriturarios”. Y en último término serviría para una perfecta inteligencia del artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos cuando enuncia los acreedores que gozan del derecho de abstención.

(2) VICENTE Y CARAVANTES, *Código de comercio extractado*, Madrid, 1850, págs. 471-473. Otros comentaristas del Código de 1829, anteriores a 1851, ni siquiera utilizan las palabras “privilegio” o “privilegiados”: LASO, *Elementos del Derecho Mercantil de España*, Madrid, 1849, págs. 132-140.

La derogación del antiguo artículo 321 del Código civil por Ley 31/72 de 22 de julio, y la necesaria reforma del Derecho de familia español

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH

SUMARIO: I. Introducción.—II. Origen histórico y primitiva redacción del precepto derogado: opiniones de la doctrina sobre el mismo.—III. Nueva redacción del precepto por ley de 20 de diciembre de 1952. Reorganización del Patronato de Protección a la Mujer por ley de la misma fecha. Legislación posterior.—IV. La igualdad jurídica de los sexos en la Legislación Internacional y en la Doctrina Social de la Iglesia.—V. Opiniones doctrinales posteriores a 1952 acerca de dicho artículo.—VI. Trabajos preparatorios de la ley 31/72: mociones dirigidas al Gobierno por la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas para que revise la Legislación en materias ajenas al artículo 321.—VII. Crítica de la fórmula derogatoria utilizada por la ley 31/72, en relación con dichas mociones.—VIII. Examen de los preceptos de la ley que reorganiza el Patronato de Protección a la Mujer, a la luz de la derogación del artículo 321 del Código civil. A) Examen de los preceptos de la ley de 20 de diciembre de 1952 que reorganiza el Patronato de Protección a la Mujer. B) Efectos de la ley 31/72 sobre los trascritos preceptos de la ley de Protección a la Mujer. C) ¿Quién debe abonar los gastos de internamiento de la mujer mayor de veintiún años? D) Influjo de la ley 31/72 en los preceptos del Código Penal que regulan los delitos contra la honestidad.—IX. Entrada en vigor de Ley Derogatoria.—X. Eficacia temporal de la derogación de dicho precepto. A) Razones a favor de su irretroactividad. B) Razones a favor de su retroactividad. C) Tipo de retroactividad aplicable.—XI. Su eficacia espacial.

I. INTRODUCCION

La derogación del artículo 321 de Código civil en su redacción de 20 de diciembre de 1952, no es una cuestión insignificante como podría parecer a primera vista. Y no sólo por la consideración, grata a todo hombre de Derecho, de que cualquier ley que suprima una restricción a la capacidad de las personas, por su propia naturaleza, es importantísima y debe considerarse derivada de una ley fundamental de la organización jurídica española. Sino porque permite analizar como si se tratara de un caso clínico, la resistencia del Derecho positivo español al cambio social, lo que es un tema

de Sociología jurídica de gran actualidad y abrir un debate acerca del principio general del Derecho de la igualdad de los sexos ante la ley, lo que entraña una amplia problemática de la Filosofía del Derecho. La afectación por dicha ley de los artículos del Código civil que regulan la mayoría de edad, ha suscitado el tema del necesario adelanto de dicho estado civil a edad más temprana que la de veintiún años. Todo el Derecho de familia, parece, ha sido puesto en cuestión, y voces autorizadas han insinuado la conveniencia de una amplia revisión del mismo.

Y es que España no podía ser una excepción del resto de Occidente, en cuyos países se halla en pleno auge lo que acertadamente ha llamado Friedmann la "crisis del Derecho de familia" (1).

El Derecho familiar español está en crisis. La vestidura jurídica que la familia española se endosó en la penúltima década del Siglo XIX, pese a algunos zurcidos y reparaciones de detalles, estalla por todas sus costuras y no pueda seguir regulando con justicia las relaciones familiares de una sociedad en agudo proceso de cambio.

Si como consecuencia de la ley que comentaré el legislador español toma conciencia de tal crisis, y que urge actualizar dicho Derecho, bienvenida sea. Si por el contrario pretende reñir una batalla de retaguardia y reafirmarse en la postura conservadora—"España es diferente al resto del mundo en su Derecho de familia"—mucho temo que la crisis se agravará de tal modo que en muy pocos años tal derecho irá por un lado y la realidad familiar española por otro.

Pero en este último caso es preciso que los sociólogos evalúen empíricamente los "costos humanos" que tal disparidad lleva consigo (2). El Derecho es instrumento de liberación, de paz y de justicia si se adapta a la sociedad a la que pretender controlar; de

(1) "La crisis actual del Derecho de Familia es resultado de diversos factores: cambios en la filosofía social, que destacan la libertad del individuo contra la indisolubilidad, determinada sobre todo en términos religiosos, del estado civil matrimonial; la profunda transformación de la situación de la familia en la moderna sociedad urbanizada, y, en particular, de la posición de las mujeres casadas; los progresos científicos y médicos modernos que hacen posible el control de la natalidad y la inseminación artificial, por último, las crecientes exigencias del Estado benefactor moderno, que hace nuevas demandas a la familia, pero también asume hacia ella obligaciones mucho más grandes" (*El Derecho en una sociedad en transformación*, traducción de la obra, mundialmente famosa, *Law in a Changing Society*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, p. 222).

(2) La Sociología de la familia española está en sus comienzos, pero es evidente que los casados separados de hecho y los hijos extramatrimoniales se hallan en una situación de marginación social que no puede ser ignorada por más tiempo y que debe ser cuantificada urgentemente. El Informe Sociológico sobre la situación social de España 1970 de la Fundación FOESSA, afirma que carecemos de instrumentos estadísticos adecuados y de facilidades de investigación: la sociedad se resiste a conocer sus propios problemas de un modo científico, fenómeno bien conocido por los sociólogos.

opresión y dureza si desconoce el proceso de cambio social. Las tensiones sociales nada ganan al ser ignoradas: más bien se enconan.

II. ORIGEN HISTORICO Y PRIMITIVA REDACCION DEL PRECEPTO DEROGADO: OPINIONES DE LA DOCTRINA SOBRE EL MISMO

Como afirma el profesor De Castro (3), "El proyecto de 1851 rebajaba la edad de la mayoría de los veinticinco a los veinte años; pareció que sus efectos debían limitarse respecto a las hijas de familia, "por decoro público y personal de ellas mismas", reteniéndolas en la casa paterna hasta los veinticinco años, en que "se presume a la mujer con la suficiente experiencia y cordura" (García Goyena). Fruto de tal opinión fue el artículo 277 de dicho proyecto que obligaba a la mujer menor de veinticinco años a permanecer en la casa paterna. Cárdenas (4), afirmó que "si no las mujeres de veinte años podrían abandonar el domicilio paterno y dedicarse a la prostitución".

El precepto fue conservado en el proyecto de 1882, artículo 287, a cuyo tenor "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 paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para casarse o cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores bodas".

La Ley de bases, en su base primera, estableció que el Código civil debía inspirarse en el proyecto de 1851, "en cuando en el mismo se contuviera el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio". Es obvio que dicho proyecto se apartaba en este punto de nuestro anterior Derecho histórico, lo que ha sido apuntado por el profesor De Castro (5).

No obstante tal defecto, el Código civil dispuso en su artículo 321 que "a pesar de lo dispuesto en el artículo anterior (referente a los efectos de la mayoría de edad), las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, o cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores bodas".

(3) *Derecho Civil de España*, Tomo II, *Derecho de la Persona*, Madrid, 1952, pp. 242 y 243.

(4) Citado en DE CASTRO, ob. cit., p. 242, nota 3.

(5) "Pasó al Código civil y en contra de lo mandado en la Ley de Bases, pues no respondía al "sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho Histórico patrio. Extraño es que ningún parlamentario lo advirtiera"... (¿Reforma o supresión del artículo 321?, "Anuario de Derecho Civil", enero-marzo de 1952, p. 206).

La redacción del precepto suscitó desde el principio perplejidades en la doctrina. La problemática jurídica planteada durante los cincuenta primeros años de vigencia del precepto estaba en íntima conexión con la sociología de la familia burguesa decimonónica y acorde con las relaciones existentes entre el padre y la hija de familia, colocada mucho más allá de la edad de la mayoría de edad, en condición de minoridad permanente por los usos sociales.

Anteriormente hice constar el carácter tuitivo que asignaban al precepto García Goyena, Cárdenas y en general toda la doctrina. No se puso en causa a principio del siglo XX el fundamento del precepto, sino si el padre podía prolongar su autoridad sobre la hija incluso en casos en que no podía sufrir menoscabo la reputación de ésta.

La discusión se polarizó acerca del sentido de la frase "tomar estado" que permitiría a la hija salir del hogar paterno, como excepción prevista a la limitación de la capacidad del artículo 321.

¿"Tomar estado" significaba "contraer matrimonio" o podía interpretarse también como "ingresar en religión"?

El Tribunal Supremo, en una discutidísima sentencia de 19 de febrero de 1901 —que no fue reiterada, por lo que carecía de valor jurisprudencial— entendió lo primero, fundado en las siguientes razones: a) porque la frase "tomar estado", en su acepción más usada y conocida significa el acto de contraer matrimonio; b) porque siendo el propósito del artículo 321 prorrogar la potestad tuitiva de los padres, no es lícito interpretar extensivamente las excepciones establecidas en él; c) porque para profesar en una orden religiosa, se requieren actos previos, situaciones interinas y preparatorias a las que no se puede extender la frase "tomar estado" (6).

Federico de Castro entendió que "la interpretación contraria parece preferible: 1.º Porque en el proyecto de 1851 se decía "como no sea para casarse" (art. 277), frase conservada en el proyecto de 1882 y que es cambiada en la redacción actual; parece que la sustitución fue intencionada, con el propósito de ampliar su sentido, y hacer que se comprendiese lo que en el lenguaje general se entiende como "tomar estado religioso"; 2.º Que para contraer matrimonio se requieren también actos previos, hay situaciones intermedias y preparatorias... 3.º Que la finalidad de la norma fue, según unánime consenso de la doctrina que no padeciera el decoro femenino, el que ciertamente no peligró por entrar en una orden religiosa; 4.º Porque las excepciones no pueden restringirse sin que ello signifique una nueva limitación de la libertad concedida por la mayoría de edad" (7).

La opinión contraria a la tesis del Tribunal Supremo obtuvo el asenso de la gran mayoría de la doctrina que nunca vio con buenos

(6) DE CASTRO, *Derecho civil*, cit., p. 244.

(7) *Id.*, *id.*, p. 244.

ojos la limitación a la capacidad de la mujer mayor de edad contenida en repetido precepto.

Creo constituyó en su tiempo una interpretación auténtica del texto legal el artículo 12, párrafo 3.º del apéndice foral de Aragón, aprobado por R. D. de 7 de diciembre de 1925 que dispuso que “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, más que con licencia de los mismos, salvo cuando sea para tomar estado de matrimonio o de profesión religiosa, cuando los citados padre o madre hayan contraído ulteriores nupcias, o cuando para la separación ellos den motivo de moralidad o mal tratamiento”.

El nuevo Estado estableció principios constitucionales que influyeron decisivamente en la modificación del precepto. Así el artículo 3.º del Fuero de los Españoles, al establecer que “la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles”, a decir de Castán Tobeñas (8), “indudablemente equipara como regla general, la condición jurídica de uno y otro sexo de una manera implícita... la desigualdad de la condición jurídica sólo regirá tratándose de supuestos concretos en los que está excluida la aptitud de la mujer o se condicione su capacidad”.

Precepto este del Fuero que tiene su complemento en el artículo 34 del mismo cuerpo legal a cuyo tenor, “las Cortes votarán las leyes necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en este fuero”.

El apartado V de la ley de 17 de mayo de 1958 promulgadora de los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional repite la afirmación del artículo 3.º de dicho fuero.

Sin embargo, la rebaja de la mayoría de edad por ley de 13 de diciembre de 1943 a los veintiún años, reforzó la discriminación de las mujeres, pues, en tanto liberó a los varones a la edad de veintiún años, incrementó la situación de libertad vigilada prevista en el artículo 321 en dos años. Por otra parte, al unificar la mayoría de edad en todas las regiones españolas como luego examinaré, permitió la aplicación de dicho precepto en regiones como Cataluña y Navarra cuya tardía mayoría de edad a los veinticinco años había impedido hasta la fecha de tal ley su posible efectividad.

La opinión de la doctrina, con el paso de los años, lejos de ser favorable al precepto cada vez se mostraba más hostil al mismo. Así, De Castro (9) sostuvo que debía ser interpretado restrictivamente por su carácter excepcional y limitativo de la libertad personal. Y más radicalmente (10) afirmó que “hay varias y al parecer buenas razones que aconsejan borrarle del Código hasta no dejar trazas de este artículo. Es un precepto anacrónico, sin razón

(8) *Los últimos avances de la condición jurídica de la mujer casada*, en “Estudios de Derecho Público y Privado”, T. I, “Estudios de Derecho Civil, Universidad de Valladolid, 1965, pp. 106 y 108.

(9) *Ob. cit.*, p. 243.

(10) *Reforma citada*, pp. 205 a 208.

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. El artículo 321 es un cuerpo extraño y aun contrario al espíritu tradicional de nuestras leyes. Hasta el Proyecto de Código civil de 1851 nada que lo anuncie se encuentra en nuestros antiguos textos legales... Pasó al Código civil y en contra de lo mandado en la Ley de Bases... Extraño es que ningún parlamentario lo advirtiera... Supone una injuria gratuita a las jóvenes españolas... Resulta ineficaz para el fin pretendido... Podrá ser utilizado el artículo 321 con fines poco plausibles... No es fantasía pensar en que puedan cotizarse los permisos concedidos para salir de la casa del padre a la hija rica...".

Sin embargo, Amadeo Fuenmayor (11), con todo el peso de su influjo, no propugnó la supresión pura y simple del precepto, sino sólo la mejora de su redacción. Consistió su propuesta —que prevaleció sustancialmente en el texto definitivo de la ley de 20 de diciembre de 1952— en sustituir el inciso "para ingresar en religión cumpliendo los requisitos señalados en el Derecho Canónico" (texto del proyecto de ley publicado en el "B. O. de las Cortes" de 21 de febrero de 1952) en "para abrazar el estado de perfección en un Instituto aprobado por la Iglesia". Según dicho autor, la nueva frase comprende a los institutos religiosos —esto es, órdenes y congregaciones religiosas— a las sociedades de vida común sin voto y a los institutos seculares, mientras que el anterior —"para ingresar en religión"— excluiría a las sociedades y a los institutos seculares".

III. NUEVA REDACCION DEL PRECEPTO POR LA LEY DE 20 DE DICIEMBRE DE 1952. REORGANIZACION DEL PATRONATO DE PROTECCION A LA MUJER POR LEY DE LA MISMA FECHA. LEGISLACION POSTERIOR

No prevaleció la opinión de De Castro y la ley de 20 de diciembre de 1952 dio nueva redacción a su texto en los siguientes términos: "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 de la madre, en cuya compañía vivían, más que con licencia de los mismos, salvo cuando sea para contraer matrimonio o para ingresar en un Instituto aprobado por la Iglesia, o también cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores nupcias, o concurra alguna otra causa que justifique la separación."

Otra ley de 20 de diciembre de 1952 que reorganiza el Patronato

(11) Sobre la nueva redacción del artículo 321 del Código civil, en el mismo "A. D. C." de enero-marzo de 1952, pp. 204-205.

de Protección a la Mujer (12) en su artículo 1.º estableció que “El Patronato de Protección a la Mujer es una Institución dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene como fin velar por la moralidad pública, y, muy especialmente, por la de la mujer”. El artículo 3.º que “para el cumplimiento de sus fines, incumbirá al Patronato: ...3.º Ejercer las funciones tutelares de vigilancia, recogida, tratamiento e internamiento sobre aquellas mujeres mayores de dieciséis años y menores de veinticinco que los Tribunales, Autoridades y particulares les confíen”. El artículo 19.º que “Las Juntas Provinciales del Patronato podrán ordenar las medidas de protección y regeneración de las jóvenes mayores de dieciséis años y menores de veintitrés en los casos previstos en el artículo 446 del Código penal. En los mismos casos podrán acordar el internamiento en los establecimientos de reforma que tengan al efecto designados, de las mujeres mayores de veintitrés años y menores de veinticinco, cuando sus padres lo solicitaren o fuere necesario continuar las labores de regeneración iniciada sobre ellas por el Patronato”. El artículo 20.º que “la adopción de las medidas de internamiento se efectuará en virtud de expediente en el que necesariamente habrá de oírse a la interesada y a las personas que sean titulares de los derechos de guarda. Las circunstancias que sirvan de base para acordar estas medidas se apreciarán discrecionalmente por las Juntas Provinciales, serán revisables, de oficio o a instancia de parte, y cabrá alzarse de las mismas ante la Comisión Permanente de la Junta Nacional, sin perjuicio de la facultad de los interesados para instar la definitiva declaración de sus derechos ante los Jueces y Tribunales ordinarios”. El 21.º que “las medidas de protección o regeneración no se suspenderán por la incoación de procedimientos ante los Tribunales y subsistirán hasta tanto se dicte resolución ejecutoria salvo la revisión que las propias Juntas puedan decretar, o las modificaciones acordadas por la Junta Nacional en vía de apelación. Mientras subsistan las medidas de protección o regeneración —administrativas o judiciales— las Juntas Nacional y Provinciales ejercerán sobre las mujeres afectadas las funciones de vigilancia, recogida, tratamiento e internamiento a que se refiere el artículo 3.º de la ley. Cualquiera que sea la naturaleza de las medidas adoptadas, cesarán al cumplir veinticinco años las mujeres sobre las que se ejerzan. Se aplicará igual cese cuando la mujer mayor de veintiún años y menor de veinticinco trate de contraer estado matrimonial, pero debiendo continuar hasta su celebración bajo las medidas tutelares de los artículos 19 y 20”. El artículo 23, “si los padres de una mujer mayor de edad, pero menor de veinticinco años, en estado de prostitución o corrupción deshonesta, no pudieren conseguir su reintegro a la casa paterna, podrán solicitar el auxilio de la Junta, para su ingreso en

(12) Curiosamente, esta ley sólo ha merecido menciones de pasada en DE CASTRO y ALBALADEJO, que no han entrado de lleno en la importante problemática de sus preceptos, íntimamente relacionada con el artículo 321 del Código civil.

algún establecimiento como domicilio forzoso, del que no podrán salir más que en los casos previstos en el artículo 321 del C. c. o cuando la Junta estime que resulte ineficaz el internamiento." Por último, el 2.º párrafo del artículo 25, que "tanto las autoridades judiciales como las gubernativas que dispongan internamientos determinarán las personas que deben satisfacer los gastos de aquéllos".

La exposición de motivos de la ley de 24 de abril de 1958 estableció el principio general de igualdad jurídica de los sexos (13), desarrollando el principio de igualdad de los españoles ante la ley contenido en el artículo 3.º del Fuero de los Españoles, que al mes siguiente ratificaría el apartado 5.º de la Ley de 17 de mayo de 1958, promulgadora de los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional.

Tal principio sentaba las bases para la derogación del precepto que estoy estudiando, pero, inexplicablemente, no pareció oportuno llegar a tal conclusión.

La ley de 22 de julio de 1961 desarrolló en su artículo 1.º el principio de igualdad de sexos al afirmar que "la ley reconoce a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin más limitaciones que las establecidas en la presente ley". Limitaciones que fundamentalmente —fuera de la exclusión de la mujer para el ejercicio de ciertas profesiones— consisten en la necesaria licencia expresa del marido a la mujer para el ejercicio de los derechos reconocidos en dicha ley (art. 5.º). En lo demás la equiparación jurídica de la mujer al varón en los planos laboral y profesional es absoluta.

IV. LA IGUALDAD JURIDICA DE LOS SEXOS EN LA LEGISLACION INTERNACIONAL Y EN LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948, afirmó en su artículo 2.º, párrafo 1, que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, *sexo* —el subrayado es mío—, idioma, religión, opinión política... "Artículo 16º: Los hombres y las mujeres... disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio."

(13) "Se inspira (la ley) en el principio de que tanto en un orden natural como en el orden social, el sexo, por sí solo, no puede determinar en el campo del Derecho civil, una diferencia de trato que se traduzca en algún modo en la limitación de la capacidad de la mujer a los efectos de su intervención en las relaciones jurídicas. Por ello, ha parecido oportuno revisar las excepciones que presentaba el C. c..."

El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la sesión de la Asamblea General de 16 de diciembre de 1966, en su artículo 26 dispone que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de... sexo...”.

Con fecha 11 de marzo del mismo año 1966, la Comisión de la condición jurídica y social de la Mujer, de las Naciones Unidas, en su sesión décimonovena, había formulado un Proyecto de Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer en el que solemnemente se afirmó: La discriminación basada en el sexo, que opera efectivamente, destruyendo o limitando los derechos iguales entre varones y mujeres, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa contra la dignidad humana. Deberán ser tomadas todas las medidas adecuadas para abrogar las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que implican discriminación contra las mujeres y para establecer una protección legal adecuada en vista de hacer efectivos los iguales derechos de varones y mujeres (14).

Tal declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sesión de 7 de noviembre de 1967.

Creo con Truyol Serra (15) que “La Declaración Universal de Derechos humanos y los Pactos sobre derechos económicos, sociales y culturales y sobre derechos civiles y políticos, tienen por de pronto el mérito de existir. Su existencia ha introducido ya un factor nuevo en la realidad internacional: el tema de los derechos del hombre está planteado, y lo está por primera vez a escala no internacional, sino mundial... “Las Naciones Unidas —dice González Campos— han consagrado unos principios, han creado una

(14) La Declaración exige, además, la inclusión del principio de la igualdad de sexos en la constitución de cada país; la ratificación de los tratados internacionales de las Naciones Unidas que eliminan la discriminación contra las mujeres; la garantía a las mujeres del derecho a votar en todas las elecciones y de ser elegible en todas ellas; el derecho a acceso a los cargos públicos; el derecho igual al de los hombres a adquirir, retener o cambiar la nacionalidad; la garantía a las mujeres casadas de iguales derechos que a los hombres en el campo del Derecho civil y en particular, el derecho de propiedad de bienes (adquirir, administrar, disfrutar y heredar bienes), incluso de los adquiridos durante el matrimonio; el derecho a la igualdad en la capacidad jurídica; el derecho a la libertad de movimiento y elección de residencia; la libre elección de marido y el pleno consentimiento matrimonial, por parte de la mujer; la igualdad de derechos con el marido durante el matrimonio y a su disolución; iguales derechos y deberes de ambos padres en los asuntos concernientes a los hijos, prevaleciendo en todo caso el interés de éstos; establecimiento de edad mínima para contraer matrimonio; la abrogación de todas las disposiciones del Código penal que contengan discriminación contra las mujeres; el combate contra la prostitución y explotación femenina; el aseguramiento del mismo nivel de educación a las mujeres que a los hombres; el aseguramiento de iguales derechos económicos y sociales...

(15) *Los derechos humanos*, Editorial Tecnós, Madrid, 1971, p. 41.

conciencia universal de un problema del hombre y han establecido unas técnicas jurídicas de acción: por encima de las deficiencias de estas técnicas, es la solidaridad responsable de todos con esta conciencia y estos principios el gran factor de impulso hacia la aceptación y realización de los derechos humanos a escala universal."

Dentro de este movimiento mundial de reconocimiento de los derechos humanos, la constitución *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II contiene una inequívoca afirmación de la dignidad de la persona humana de la que dimanarían todos los derechos humanos, fundamentalmente la libertad. La discriminación por razón del sexo está explícitamente condenada por tal constitución, cuyos desenvolvimientos en el momento actual, alcanzan a equiparar en el seno de la Iglesia a la mujer con el varón. Temas tales como la posible ordenación de diaconos por la Iglesia Católica —impensable hace sólo un decenio— están siendo debatidos por teólogos de la Pastoral del postconcilio (16).

El cambio que tal concepción religiosa origina en la concepción tradicional de la mujer, y las consecuencias que de tal cambio debe extraer nuestro legislador —obligado por el Punto II de los Principios del Movimiento Nacional, promulgados por ley del Jefe del Estado de 17 de mayo de 1958, a "considerar como timbre de honor el acatamiento de la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera, y fe inseparable de la conciencia nacional, *que inspirará su legislación*"— son inmensos: obligan a repensar toda la filosofía de la condición femenina, discriminada frente a la masculina, en nuestras leyes y usos sociales.

En dicha constitución conciliar se contiene una asistemática enumeración de los derechos humanos. La dignidad de la persona humana, hecha a imagen y semejanza de Dios, es la clave de los derechos del hombre, fundamentalmente, de su libertad. "La dignidad humana requiere que el hombre actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido, e inducido por su convicción interna personal, y no bajo la presión de un ciego impulso exterior o de la mera coacción externa" (17). "Toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de *sexo*, raza, color, condición social, lengua o religión, debe ser vencida y eliminada por contraria al plan divino.

(16) "Puede suponerse, de todas formas, que el apóstol se opondría aún en nuestros días al sacerdocio femenino, en todos los países en que tal innovación chocara brutalmente con los prejuicios masculinos... Era necesario, en un principio, que el clero, e incluso la idea de lo Divino, se masculinizasen, para acabar con la vieja y poderosa magia de las diosas madres y de los cultos sexuales. Pero, ¿estamos todavía en estos tiempos? ¿Cuánto tiempo rechazará la Iglesia el sacerdocio femenino con las inmensas posibilidades que aportaría en vocaciones y apostolado?" (LECARME, *¿La Iglesia y el Estado contra la mujer?*, Fomento de Cultura Ediciones, Valencia, 1972, p. 144).

(17) *Concilio Vaticano II. Constituciones, Decretos, Declaraciones*, BAC, Madrid, 1965, pp. 229-230.

En verdad es lamentable que los derechos fundamentales de la persona no estén todavía protegidos en la forma debida por todas partes. Es lo que sucede cuando se niega a la mujer el derecho de escoger libremente esposo y de abrazar el estado de vida que se prefiera, o se le impide tener acceso a una educación y a una cultura iguales a las que se conceden al hombre" (18).

La Encíclica Octogesima Adveniens de Pablo VI, tras reafirmar la condena de la discriminación fundada en el sexo, reconoce que en muchos países es objeto de investigaciones y a veces de vivas reivindicaciones una legislación sobre la mujer que haga cesar la discriminación efectiva de la misma y restablezca relaciones de igualdad de derechos y de respeto a su dignidad. Tras hacer una alusión a la falsa igualdad entre varón y mujer, "que negaría las distinciones establecidas por el mismo Creador" —alusión que es una cautela lógica del Papa ante el temor de ser mal interpretado, pero que no veda en modo alguno una postura de feminismo militante— sostiene que "la evolución de las legislaciones debe, por el contrario, orientarse en el sentido de proteger la vocación propia de la mujer, y al mismo tiempo, *reconocer su independencia en cuanto personal y la igualdad de sus derechos a participar en la vida económica, social, cultural y política*".

La Asamblea conjunta de Sacerdotes y Obispos celebrada en nuestra patria en setiembre de 1971 aprobó una proposición que declaró: ..."Los derechos reconocidos en la Iglesia a los bautizados se refieren con plena identidad al varón y a la mujer. El papel de la mujer en todos los órganos de corresponsabilidad seglar debe realizarse en paridad con los varones, suprimiendo cuantas diferencias provienen de condicionamientos históricos e ideológicos".

La verdadera conclusión que hay que extraer de la doctrina de la Iglesia acerca de la mujer, es la necesidad de impulsar una legislación, una praxis social y una nueva ética en que la mujer no sea reducida a la condición de ciudadano de segunda clase, mano de obra barata, objeto de manipulaciones de la sociedad de consumo, sino alcance la paridad jurídica con el varón y se promocionen sus valores de persona humana cuya libertad y dignidad deben ser tutelados de modo idéntico a las del varón.

Queda muy lejos del espíritu de tal doctrina social un precepto como el 321 antiguo de nuestro Código que presupone "la honradez de la cerradura" en la mujer y la recluye en una suerte de harén vigilado por un padre que desahoga sus últimos afanes de mando sobre sus hijas.

El recato de la condición femenina en el pensamiento del Concilio queda confiado a instancias muy otras de la pura presión moral que ejercen los padres que obligan a convivir a sus hijas con ellos: a la buena educación y a la afirmación de la personalidad de la mujer, a su propia responsabilidad, a la reflexión y buen

(18) *Id.*, *id.*, p. 47.

juicio de su recta conciencia. Si se confía en la libertad, juicio y recta conciencia de la mujer, huelga el artículo 321; si se desconfía de todo ello, ni siquiera tal precepto, ni la legislación del Patronato de Protección a la mujer, pueden ser eficaces para mantener el recato femenino, pese a lo que afirma algún autor.

V. OPINIONES DOCTRINALES POSTERIORES A 1952 ACERCA DE DICHO ARTICULO

La opinión de la doctrina no fue menos hostil a la nueva redacción del artículo, que lo había sido a la anterior.

De Castro (19) afirma que se trata de “una situación frágil, pues depende: del arbitrio del padre o de la madre (licencia expresa o tácita, no oposición), y de que no contraigan ulteriores nupcias; de la misma hija, que puede contraer matrimonio o ingresar en un Instituto religioso, y de otras causas cuya apreciación queda al arbitrio judicial, motivos de moralidad o mal trato (art. 12 Apéndice Foral de Aragón, hoy derogado), incompatibilidad de modo de vivir (empleo en otra ciudad) y hasta de caracteres (“orden moral y social”, E. M. L. 20-XII-52). Eficacia muy limitada, pues ha terminado la patria potestad (art. 167, 2.º)... se reduce a una prohibición de “dejar la casa”, que tiene intrínseco significado por la obligación de los hijos, respecto de los padres, “de tributarles respeto y reverencia siempre”.

Lalaguna (20) afirma que “que la consideración de la imperfección legislativa como defecto técnico permite distinguirla de los defectos axiológicos o de contenido, tales como la contradicción de la norma positiva con las reglas universales de la conducta humana o, más precisamente, con los principios generales del Derecho... Si se entiende que para considerar ilegítima una norma, la contradicción con los principios generales ha de ser evidente, será muy difícil en un sistema jurídico como el español declarar la ilegitimidad de la norma, porque una contradicción evidente se dará en muy contadas ocasiones; sin embargo, siempre que exista una cierta contradicción, la norma quedará amenazada en su vigencia en la medida en que su aplicación resulte problemática... si no es de todo punto evidente en el momento actual que el artículo 321 del Código civil... es contrario al principio de la igualdad de sexos —al que responde con trazo firme en tantos puntos la reforma del Código por ley de 24 de abril de 1958— parece bastante claro que la norma ha perdido hoy prestigio social en medida muy considerable. Los mismos argumentos que en varias ocasiones esgrimió la doctrina

(19) *Compendio de Derecho civil, Introducción y Derecho de las personas*, Madrid, 1970, p. 218.

(20) *Jurisprudencia y Fuentes del Derecho*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1969, pp. 197 a 199.

científica para pedir su supresión, hoy muy afianzados, determinarían seguramente, en caso de conflicto, la aplicación del principio general de igualdad, que se manifestaría, al menos, en un criterio abierto de estimación de lo que es "causa legítima" para abandonar la casa paterna (lo que prácticamente es lo mismo que declarar ilegítima la norma del artículo 321)".

Díez Picazo (21) halla el fundamento de la sentencia de 19 de febrero de 1901, "en una circunstancia y en un entorno social. En el caso de esta sentencia este condicionamiento aparece con alguna probabilidad en un ambiente enrarecido por una cierta dosis de agitación política de signo anticlerical, producida al parecer, como reacción de algunos sectores de la vida española frente al poder que creían excesivo de algunas personalidades de la Iglesia. Existía además, un determinado modo de entender las relaciones familiares que se definía sobre todo, por las ideas de respeto, sumisión y deferencia. En esta historia de la sentencia de 1901 pudo haber existido, probablemente, para la conciencia social de la época, un insólito acto de rebeldía de esta muchacha contra los poderes familiares constituidos y contra los esquemas mentales de la sociedad en que vivía, y tal vez lo que pudo considerarse como un acto de captación espiritual no enteramente correcto".

El propio autor (22) afirma que "el precepto no introduce ninguna limitación a la capacidad de obrar, ni a la libertad personal. Tampoco puede verse en él un fenómeno de prolongación de la patria potestad... (con motivo de la reforma de 1952), voces muy autorizadas entendieron entonces, que lo preferible era suprimir totalmente el precepto, dado que había sido siempre injustificado, y que las circunstancias sociales del país habían experimentado una notable variación".

Marsá Vancells (23), tras afirmar que la mayoría de edad se alcanza para ambos sexos a una determinada edad, reconoce que "lo verdaderamente inexplicable es que subsistan todavía restricciones incomprensibles que limitan, de una manera absurda, los derechos del sexo femenino, que desvirtúan por completo el espíritu de la legislación vigente y que están en franca disparidad con la constante evolución de los tiempos modernos. Entre ella puede citarse como característica, *por ser única en el mundo* —el subrayado es mío— la que impone el artículo 321 del Código civil...". Y en sus conclusiones el mismo autor sostiene (24) que "aquella goza ya en la mayoría de las legislaciones civiles, mientras permanece soltera, de la plena capacidad de obrar, sólo limitada por muy escasas restriccio-

(21) *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1966, p. 26.

(22) *Lecciones de Derecho civil, I Parte General*, Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1967, p. 177.

(23) *La mujer en el Derecho civil*, Ediciones Universidad de Navarra, Sociedad Anónima, Pamplona, 1970, p. 88.

(24) Ob. cit., p. 125.

nes, que deben suprimirse lo antes posible, a fin de que esté completamente asimilada al hombre en la esfera jurídica, como es de absoluta justicia, terminando así la gran desigualdad que todavía se observa hoy en la vida práctica entre los seres humanos que integran uno y otro sexo”.

Juan Ramón Capella (25) afirma que “las exigencias de capital, su tendencia a la acumulación y a evitar la desmembración, son tan fuertes, que en pleno siglo XX, pueden privar a alguno de los miembros de la familia —a la mujer, señaladamente— en el derecho privado de conquistas casi afianzadas en el derecho público”.

Albadalejo (26), sorprendentemente, se abstiene de juzgar si teóricamente sería preferible que el precepto no existiese. Respecto de su eficacia práctica para conseguir el fin que se propone, afirma que “si bien desde un punto de vista puramente legal y abstracto, la afirmación es, en general, exacta (pues ciertamente, teniendo la hija plena libertad, por haber perdido el padre todos los poderes que sobre ella le concedía la patria potestad, nada —menos la forzada convivencia— puede obligarle a hacer que ella no desee, ni puede impedirle que haga lo que le apetezca), sin embargo, no lo es en la realidad práctica, ya que es muy probable que una conducta censurable que la hija se atreviese a seguir si, por vivir independiente fuere desconocida por los padres, no se ose ponerla en práctica (o la corte, ante las recriminaciones paternas) si, aunque legalmente no pudiesen impedírsela, por estar ya emancipada, sabe que aquéllos —por la convivencia y fiscalización que ésta les permite— se enterarán de la misma. Así, pues, yo diría que el artículo 321 no es ineficaz para el fin que —con más o menos acierto— se propone de protección a la hija de familia, ya que no permitiéndole el abandono de la casa paterna, hace posible que se ejercite sobre aquélla, si bien no una presión legal..., sí la presión moral que dicha convivencia permite”.

María Telo Núñez (27) opina que “la subsistencia de esta limitación legal para la mujer soltera en nuestro Derecho patrio, aparte de la sensación que produce de serle impuesta por su falta de madurez y ligereza, puede llevar consigo una serie de perjuicios para el desarrollo de su personalidad y de su formación cultural y profesional, al verse sometida a tan alta edad a sus padres y privada de salir fuera de la población donde los mismos habitan aun cuando sea por razones de trabajo u otras similares. Ciertamente que el último párrafo le permitiría reclamar judicialmente su independencia, con causa justificada, pero lo vago de este párrafo, unido a los largos

(25) *Sobre la extinción del derecho y la supresión de los juristas*, Editorial Fontanella, Barcelona 1970, p. 24.

(26) Alcance del art. 321 del C. c. RDP, 1968, pp. 515-516.

(27) Ponencia presentada por María Telo Núñez, Consejero de la Delegación y Abogado del Ilustre Colegio de Madrid, bajo el título “La mujer en el Derecho civil” al Consejo del año 1968 celebrado en Madrid, de la *Federation Internationale des Femmes des Carrières Juridiques*, p. 22 del ejemplar multiplicado.

trámites de la justicia, la carestía del procedimiento para una joven y especialmente lo desagradable de tener que acudir a los Tribunales frente a sus padres, hace que este párrafo quede sin aplicación”.

Por último, presentado por la misma señora Telo Núñez al IV Congreso de la Abogacía Española celebrado en León en 1970, una Ponencia sobre reforma del Derecho de Familia, propuso dicha autora la derogación total del artículo 321, adoptándose por el Pleno del Congreso la Conclusión 6.^a: “Capacidad plena de la mujer soltera, al alcanzar la mayoría de edad, con derogación del artículo 321 del Código civil”.

VI. TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA LEY 31/1972: MO- CIONES DIRIGIDAS AL GOBIERNO POR LA COMISION DE JUSTICA DE LAS CORTES ESPAÑOLAS PARA QUE REVISE LA LEGISLACION EN MATERIAS AJENAS AL ARTICULO 321

La inadecuación del artículo 321 a la realidad socioeconómica de nuestra patria era evidente a los ojos de los más conservadores de nuestros juristas. El propio legislador reconoció en su fundamental Decreto 2.310/70 de 20 de agosto, que desarrolla los derechos laborales de la mujer trabajadora en aplicación de la ley de 22 de julio de 1961 que “la creciente participación de la mujer en las actividades laborales reviste extraordinaria importancia en la fase presente de desarrollo económico y social, al par que resulta manifiesta la evolución de muchos de los conceptos que inspiraron la legislación específica sobre el trabajo femenino, hasta el punto que cada día es más necesaria y universalmente aceptada la equiparación de la mujer, tanto para conseguir un empleo como desempeñarlo en igualdad de condiciones con los trabajadores varones”.

No era para menos. Según Amando de Miguel (28) ha habido un incremento espectacular en el número de puestos de trabajo femeninos en España entre los años 1960-1970: un millón y medio aproximadamente. Esta tendencia es irreversible: en la próxima década —dice este autor— veremos aumentar en un millón los puestos de trabajo ocupados por mujeres en nuestra patria. Una cuarta parte de la población activa española está compuesta por mujeres: más de tres millones de personas. La economía española se paralizaría si aquéllas volvieran al hogar como pretendían algunos teorizantes.

El preámbulo del Decreto reconoce el irreversible cambio social experimentado y pliega los preceptos jurídicos de la legislación laboral a dicho cambio: el artículo primero del texto legal reconoce el derecho de la mujer de prestar los servicios laborales en plena situación de igualdad jurídica con el hombre y a percibir por ello idéntica remuneración. Es muy significativo que el artículo 2.º, dos, del

(28) *España marca registrada*, Ed Kairós, 1972, p. 56.

mismo permita contratar la prestación de sus servicios a las mujeres solteras, mayores de dieciocho años, *vivan o no con sus padres*. La convivencia o no de la hija con el padre es una circunstancia irrelevante para la prestación de los servicios laborales de la mujer a partir de los dieciocho años. Con mayor razón, a partir de la mayoría de edad civil. Para el legislador laboral, no existe el artículo 321 del Código civil.

A partir de la entrada en vigor de dicho Decreto, el contrato de trabajo concertado por la hija mayor de veintiún años debe constituir una "causa que justifique la separación" de la hija. No debe admitirse la alegación del padre de que la hija puede seguir conviviendo con él y que es cómoda la residencia del padre para cumplir el contrato de trabajo.

La hija mayor de edad, alegando la existencia de un contrato de trabajo, puede sin más, exigir la salida de la casa paterna. Los usos sociales han admitido como honesta y deseable tal residencia separada y sería anacrónico y contrario al sentido del artículo 321 pretender compaginar el empeñamiento del padre de retener a la hija trabajadora en su casa con el deseo de ésta de salir y vivir separadamente de él, aun en el mismo punto de su residencia, obligando a la hija a convivir con el padre, aunque permitiéndole que libremente —¡cómo podría impedirlo!— preste su trabajo.

Prácticamente, el artículo 321, según esta interpretación, no regía en los últimos años para las hijas de familia que prestaran sus servicios laborales, pues todas ellas podían alegar la existencia de justa causa para ausentarse del domicilio paterno.

Sin embargo, la necesidad de derogar el precepto se hacía, al correr de los años, más y más apremiante. El Procurador en Cortes, doña María Belén Landaburu González, articuló en 1971 un ruego acerca de la posible derogación del precepto, ruego contestado por la Administración. En la siguiente legislatura, el ruego fue transformado en proposición de ley, siendo su primer firmante el mismo Procurador.

Dada la pertinente tramitación a la proposición de ley en la Comisión de Justicia de las Cortes, en sesión de 5 de mayo de 1972, esta Comisión acordó tomar en consideración la proposición de ley, con la abstención de un miembro de la misma.

Con fecha 4 de julio de 1972, se discutió en la Comisión de Justicia la proposición de ley, aprobándose la redacción dada por la ponencia.

Del examen atento de la admisión a trámite de la proposición (sesión de 5 de mayo) y de la aprobación del texto definitivo de la misma, para su remisión al Pleno de las Cortes (sesión de 4 de julio), pueden deducirse las siguientes conclusiones: a) el reconocimiento unánime por la Comisión de Justicia de que nuestro Derecho de Familia ha quedado desfasado de las necesidades del momento presente y del progreso de las modernas legislaciones, por lo que urge una reforma en profundidad del mismo, no limitada a simples reto-

ques parciales, como la supresión del artículo 321, al que unánimemente se califica de precepto carente de trascendencia práctica (29).

Fruto de esta inquietud de los Procuradores que integran la Comisión ha sido la siguiente moción dirigida al Gobierno: "La Comisión formula moción al Gobierno para que, previa su elaboración por la Comisión General de Codificación, remita a las Cortes un proyecto de ley acometiendo una reforma general en profundidad de los preceptos de todos los cuerpos legales vigentes, en cuanto entrañan discriminación en razón del sexo o del estado civil" (30).

b) La conexión que la reforma de los artículos 320 y 321 tiene con el tema de la mayoría de edad. El Procurador señor Escrivá de Romaní formuló una enmienda acerca de la disminución de la edad para alcanzar la mayoría de edad, que rechazada por la Comisión, por no afectar al fondo de la reforma pretendida por la proposición de ley discutida, se transformó en una nueva moción al Gobierno en los siguientes términos: "Que el Gobierno envíe a las Cortes Españolas, en el plazo más breve posible, el proyecto de ley modifi-

(29) "Nuestro Derecho de Familia y nuestro Derecho de la personalidad están anticuados, tremendamente anticuados, están fuera del ambiente de nuestro tiempo, esto necesita una corrección y el Gobierno debe tomarlo en consideración para evitar ir a remolque de todas las modernas tendencias"... (Procurador señor Batlle Vázquez, en la sesión de 5 de mayo, "Apéndice del B. O. C.", núm. 46, X Legislatura, p. 5).

... "la proposición de ley de la señorita Belén Landaburu... para mí es perfecta, porque en el momento en que vivimos y hacia donde vamos, debe ser total la adecuación y la equiparación de la mujer con el hombre.

También hay otros aspectos que en su momento quizá merezcan una seria meditación en orden a incidencias en la familia, a su dispersión y a su eventual ruptura" (Procurador señor Hernández Gil, en la misma sesión, p. 6).

"Entiendo que tanto nuestro Derecho de Familia como de propiedad —que también necesita grandes correcciones— tienen que venir a una discusión completa... pero hacer ahora esta simple poda fragmentaria me parece contrario a lo que debe presidir el espíritu de esta Comisión de Justicia, que debe ir dirigido, como digo, a la reforma de nuestro derecho de familia y de la propiedad" (Procurador señor Hernández Claumarchirant, en la misma sesión, p. 7).

"Hay que hacer la reforma, pero hay que hacerla en profundidad. Probablemente en el Código y en las legislaciones forales existen ochenta o noventa preceptos que son discriminatorios, unas veces de la mujer, pero algunas veces del hombre en razón del sexo. Entonces, yo demando que no nos quedemos en esta cosa minimizada, concreta, sino que vayamos a una reforma en pro unidad, sustancia... Fórmula: una moción de esta Comisión al Gobierno para que se haga la reforma" (Procurador señor Madrid del Cacho sesión de 4 de julio, Apéndice del "B. O. C.", núm. 74 de la misma legislatura, p. 3).

"...A través de un ruego que hice al Gobierno... precisamente para que se reformara todo este Derecho de Familia en esos artículos y algunos más... Pero es lo cierto que, a pesar de la contestación del Gobierno de que se estaba estudiando el problema, durante los ochenta y tres años de vigencia del Código civil, las distintas generaciones no han acometido un propósito serio de reforma en algo tan fundamental" (Procurador señor Padrón Quedo, en dicha sesión, p. 11).

(30) Apéndice del "B. O. E.", número 74, del de 4 de julio, p. 32.

cando el artículo 320 del Código civil, estableciendo la mayoría de edad en consonancia con la actual realidad social de España" (31).

Aprobada la proposición de ley por la Comisión, el pleno de las Cortes aprobó por unanimidad, en sesión de 20 de julio el dictamen de la Comisión de Justicia, siendo promulgada con fecha 22 del mismo mes y publicada en el "Boletín Oficial del Estado", bajo el número 31/1972 con fecha 24 del mismo mes.

Su texto es como sigue: "Artículo primero.—Los artículos trescientos veinte y trescientos veintiuno del Código civil quedarán redactados del modo siguiente: "Artículo trescientos veinte. La mayor edad empieza a los veintiún años cumplidos.

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 trescientos veintiuno. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento."

"Artículo segundo. Quedan derogados el número tercero del artículo mil ochocientos ochenta y los artículos mil novecientos uno a mil novecientos nueve inclusive de la Ley de Enjuiciamiento civil."

VII. CRITICA DE LA FORMULA DEROGATIVA UTILIZADA POR LA LEY 31/1972, EN RELACION CON DICHAS MOCIONES

Conviene examinar el alcance de la derogación del tan repetido artículo 321, y de la legislación procesal que lo desarrollaba.

Nada tengo que alegar a la derogación de los preceptos procesales, muy correctamente hecha, pero el sistema de derogación tácita del antiguo artículo 321 no merece precisamente felicitaciones.

Se ha pretendido evitar que el Código civil tuviera un artículo vacío de contenido, que por primera vez se produjera una solución de continuidad en su articulado. La razón puramente formal de no producir tal vacío prevaleció ya en el primitivo escrito, solicitando se tomara en consideración la proposición de ley: la redacción de los artículos 320 y 321 en tal escrito era muy semejante a la que ha prevalecido en el texto de la ley (32).

(31) Id., id., p. 32.

(32) Creo es más lógica la redacción de dichos preceptos contenida en el escrito de proposición de ley, publicado en el "B. O. C." de 23 de mayo de 1972, página 29317, que la que ha prevalecido en la ley 31/72. En el artículo 320 del primitivo escrito se hablaba de la edad de la mayoría; y de su cómputo (párrafos 1.º y 2.º, respectivamente); y el 321 determinaba los efectos de la mayoría de edad así alcanzada. Parece más lógico establecer los requisitos de la norma en un artículo, y en otro independiente, los efectos de la misma. Ahora se entremezclan requisitos y efectos en el artículo 320 y se destina el 321 a una cuestión formal como es el cómputo de la mayoría.

El criterio legislativo es preocupante. Si cada vez que hay que reformar una institución de Derecho de Familia, debe pensarse seriamente en la sustitución de los artículos objeto de la reforma por otros, la labor legislativa se va a convertir en un trabajo fundamentalmente filológico, en la que los artículos van a tener un contenido de "relleno" en ocasiones para adecuar al orden correlativo del articulado una materia que muchas veces no se plegará a este tratamiento.

Imaginemos una reforma tan urgente como es la supresión de los preceptos que regulan la licencia marital, objeto de la moción de la Comisión de Justicia que antes transcribí. Obviamente, si no se quiere reformar absolutamente todo el Derecho de Familia habría que derogar pura y simplemente todos los preceptos del Código, dispersos en su articulado, que afectan a multitud de instituciones del mismo cuerpo legal —efectos personales del matrimonio, albaeazgo, aceptación de herencia, partición de herencia, requisitos de los contratos, dote, parafernales, contrato de mandato, etc.—. ¿Se van a incluir artículos que digan simplemente: "la mujer casada no precisa la licencia marital para enajenar los bienes parafernales?" Es evidente que no.

En tal caso, la supresión de la licencia marital —reforma conseguida ya en 1919 por la mujer italiana y en 1942 por la francesa— por hablar sólo de países de cultura jurídica semejante a la nuestra— tendrá que esperar a la reforma de los regímenes matrimoniales de bienes, si se quiere conservar el orden del articulado del Código. Pero temo que para tal reforma falten estudios doctrinales y anteproyectos legislativos —por lo que sé— al efecto, y eso sin contar con la problemática que plantean nuestros Derechos civiles especiales, que no creo simplifique la labor derogadora.

No ha sido así el criterio del legislador en otras ocasiones. La reforma del régimen jurídico de la Sociedad anónima dejó sin contenido multitud de preceptos del Código de comercio. Otro tanto ocurrió en la reforma del Código penal. ¿Es que el Código civil debe tener, por tratarse del Derecho Común, un tratamiento más esmerado? No lo sé y constato un hecho.

Las modificaciones del Derecho de Familia en Italia y Francia no respetan en nada al viejo articulado de los respectivos Códigos. La reforma de la adopción en Italia ha creado artículos duplicados, de gran extensión, que desdoblan los escasos preceptos del viejo —¡viejo ya al cabo de sólo treinta años!— Código civil de 1942. Las innumerables reformas del Código civil de 1804 agregan párrafos, suprimen artículos, los desdoblan en subartículos, etc. En nada se parece el actual Code al que promulgó Napoleón, lo que desgraciadamente no puede decirse del español, que técnicamente fue bueno... para 1889, pero que no puede regir ya por más tiempo con justicia a una sociedad en vivísimo proceso de cambio social.

Por otra parte, el criterio respetuoso con la mera forma del Código, sólo respeta un elemento ordinal de mínima trascendencia:

que los artículos vayan ordenados correlativamente y que no falte ni uno solo en la teoría de los mil novecientos setenta y seis que componen el cuerpo legal.

Pero el contenido es cosa aparte: es posible que futuras reformas del Código civil, sea en materias de Derecho de Familia o de otras instituciones —los contratos de arrendamientos, de tan parva regulación en la actualidad, por ejemplo— tengan que dar una extensión desmesurada a los artículos por ellas afectados para respetar el orden correlativo del Código civil.

En la era tecnológica en que vivimos no es fácil redactar en textos breves y concisos, la compleja regulación que precisa la reforma de las instituciones civiles. El conocimiento cada vez mayor que tenemos de las motivaciones de los actos humanos, la aparición y florecimiento de las ciencias sociales —“Nuevas Humanidades”, al decir de Aranguren— que permiten plantear una riquísima problemática acerca del hombre y la sociedad, que el legislador consciente de su misión debe tener en cuenta, la creciente complejidad de la sociedad tecnológica, en la que un descuido en la obra legislativa, una regulación alegre del legislador provoca “efectos no queridos” en la delicada trama del cuerpo social, obligan a una redacción cada vez más minuciosa de los textos reformadores.

No puede ser mayor el contraste entre la filosofía de los viejos códigos —el ideal del legislador decimonónico era legislar lo menos posible, como hizo Savigny cuando fue ministro de legislación en Prusia— y el que inspira el “Derecho Flexible” (Carbonnier), el “Derecho de la sociedad en transformación” (Friedmann), el “Derecho de la sociedad en desarrollo” (Sánchez de la Torre), el “Derecho de la aceleración de la historia” (Savatier).

La moderna concepción de la Ley, “transacción permanente” (Sánchez de la Torre) entre tendencias, grupos de presión e ideologías en contraste, obliga al legislador a multiplicar las cautelas y la complejidad del texto legal.

Por tanto, no puede haber armonía formal entre los viejos y los nuevos textos, a no ser que se quiera prolongar por más tiempo la insostenible situación actual: seguir congelando por largos decenios un texto legal viejo de casi cien años.

Si no es posible aspirar a reformar de golpe toda nuestra legislación civil, promulgando un nuevo Código General de España —falta para ello en nuestra patria, como en toda Europa, saber filosófico y competencia sociológica, pero sobre todo voluntad política— es obvio que debemos realizar reformas parciales, pero orgánicas de nuestras instituciones. Y en dichas reformas hay que atender esencialmente a consideraciones de justicia y no procurar a ultranza la conservación de la planta formal de un bello edificio hoy en ruina.

Esto no es propugnar el solecismo gramatical, la oscuridad de conceptos, la redacción de largos párrafos procesales sin fin, ni la precipitación o escasa meditación de los trabajos legislativos. Cabe

armonizar en lo posible la forma con el fondo, verter vino nuevo en elegantes y artísticas copas también nuevas.

Es preciso legislar honestamente, justamente: luego al intérprete como vigía permanente de los principios generales del Derecho que el océano inmenso de la legislación y la práctica jurídica alumbraba sin cesar, corresponderá el problema, arduo pero a la medida de su vocación y formación, de armonizar los nuevos y los viejos textos, los nuevos y los viejos principios jurídicos.

Por otra parte, el criterio de la Ponencia que ha prevalecido en el texto de la ley de derogar el antiguo artículo 321, dando nueva redacción a los antiguos artículos 320 y 321, ha creado como indiqué un nuevo problema: la revisión de la mayoría de edad, que hoy se alcanza en España a una edad excesivamente elevada en relación con la que va prevaleciendo en los demás países.

Esquivando la Ponencia un escollo —la alteración de la belleza formal del Código— dio estado oficial a otra posible nueva revisión parcial del Código que no creo esté suficientemente estudiada por nuestra doctrina jurídica. No parece tampoco separable el tema de la revisión de la mayoría de edad, de la necesaria reforma de materia tan íntimamente conexa con ella como es la emancipación y habilitación legal del menor. Por eso creo que la moción dirigida al Gobierno, que antes transcribí, tal vez permanezca en el panteón de los buenos deseos de sus autores (32 bis).

No son tampoco muy animadoras las afirmaciones contenidas en el discurso de presentación de la proposición de la ley en el Pleno de las Cortes, al reconocer que “Cuando estamos rechazando cualquier tipo de desigualdad —entre hombre y mujer—, no estamos reclamando la identidad. Sabemos muy bien que esta diferenciación,

(32 bis) Es interesantísima la opinión del sociólogo Pinilla de las Heras, contenida en “Las ideologías en la España de hoy” (Coloquio), obra colectiva de José Jiménez Blanco, Amando de Miguel, Luis García San Miguel, el propio Pinilla de las Heras y otros, editada por “Seminarios y Ediciones, S. A.”, Madrid, 1972, p. 51, al afirmar: “En los años cuarenta hay un cierto culto a la juventud (y en 1942, creo, se rebaja considerablemente la mayoría de edad para los varones), pero es sobre un modelo en el cual se espera que los jóvenes repitan virilmente la ideología de los adultos. En los años cincuenta no hay tal culto a la juventud, se vuelve a corregir el Código civil y a elevar la mayoría de edad. Hoy se imita de nuevo el culto a la juventud, mimesis internacional, como desafío a las generaciones adultas.”

Dejando aparte imprecisiones jurídicas que son fácilmente disculpables en un sociólogo, lo cierto es que en su pensamiento, la rebaja de la mayoría de edad por la ley de 13 de diciembre de 1943 corresponde a una etapa de culto a la juventud; la reforma del artículo 321 por ley de 20 de diciembre de 1952 y la reorganización del Patronato de Protección a la Mujer, corresponde a una etapa en que no se confía en la juventud, y menos en la femenina, objeto de medidas de protección especiales; y el momento actual que de nuevo rinde culto a la juventud suprime —aunque no lo conociera el autor al exponer su pensamiento— el artículo 321 y tiende a la rebaja de la mayoría de edad. En unos trazos esquemáticos, Pinilla de las Heras ha hecho una magistral exposición de sociología jurídica de la legislación civil que atañe a la juventud en España.

referida al sexo, puesto que es el tema que nos ocupa, supone necesariamente un diferente trato que ha de tener su traducción en las instituciones sociojurídicas. Lo que solicitamos es la equiparación, no la identidad" (33).

Considero que la filosofía jurídica que encierra este párrafo es confusa y hace peligrar la necesaria supresión de la discriminación por razón del sexo y estado civil contenida en nuestros textos legales.

No parece estar muy acorde con la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas que cuida de evitar cualquier tipo de discriminación por razón del sexo, ni con la doctrina social de la Iglesia.

La filosofía jurídica moderna reconoce a todo ser humano, hombre o mujer, igual dotación de derechos por razón de su intrínseca naturaleza humana. Debe promoverse al ser humano, hombre o mujer, para que desenvuelva todas las virtualidades que encierra su naturaleza esencialmente perfectible, dinámica, abierta al progreso. Si un hombre se halla en una posición defectiva en relación con los demás seres humanos, deberá ser objeto de un especial cuidado por la sociedad, que le dotará de los medios necesarios para suplir esta deficiencia o al menos paliarla —ciego, enfermo, enajenado mental, mujer gestante, madre de niños pequeños, gran inválido—.

Estos medios en modo alguno deben ser estáticos: la filosofía jurídica humanista debe propugnar una sociedad en la que no sólo se le de un bastón blanco al ciego, sino aquella en que se le procure, si es posible, la recuperación de la vista; en que la posición de desventaja del ser humano sea considerada, no como un mal individual, un castigo de la Divinidad o cualquier otra situación sin salida, sino un problema social que nos atañe a todos y que debe ser afrontado y resuelto por la solidaridad social articulada por un estado de justicia social con los poderosos medios de que dispone.

Aplicadas estas ideas al tema que me ocupa de la identidad o equiparación de sexos, es evidente que tal problema está mal planteado.

No se trata de equiparar la mujer al hombre. Se trata de que ahí donde no se de una de las razones especiales que aconsejan el trato desigual de los desiguales la dotación de derechos del ser humano —hombre o mujer— debe ser idéntica.

No es causa de desigualdad para la moderna filosofía jurídica, ni el sexo ni la condición de mujer casada.

La condición de madre de niños pequeños es más causa de ampliación de los cuidados que la misma precisa por parte de la sociedad que de restricción de derechos.

La situación de la viuda que pretende, dentro de los primeros meses de su viudez, contraer nuevo matrimonio, incidiendo en la prohibición del artículo 45, 2 Código civil y con las consecuencias

33) "Boletín Oficial de las Cortes", núm. 6, de 20 de julio de 1972, p. 23.

del 50, no debiera ser relevante para el Derecho desde que el legislador se percate de que caben pruebas biológicas para dirimir el conflicto entre eventuales paternidades, "ratio legis" de tal prohibición (34).

La condición de mujer casada no debe ser causa de menoscabo de la dotación de derechos que le competen respecto de la esfera de su personalidad, relaciones personales con su esposo y derechos patrimoniales sobre sus bienes matrimoniales y extramatrimoniales. Cualesquieras limitaciones jurídicas que el matrimonio produzca, los debe producir, en buena filosofía jurídica, por igual para el esposo y esposa, en paridad absoluta.

Por supuesto que tales principios son ideales y no alcanzados por legislación de ninguna sociedad, occidental, socialista o del tercer mundo. Pero no es la mejor manera de pretender alcanzarlos cerrar los ojos a la opinión de las nuevas generaciones y conformarse con un tibio feminismo de salón. Es preciso profesar los principios filosóficos humanistas y pretender que se lleven a la práctica por los medios que la ley establece.

Amando de Miguel (35) afirma que "En todo el mundo se señala una imparable tendencia a que la mujer aumente los grados de participación en la vida activa "normal"... Un cambio sustantivo y visible en el papel de la mujer en todas las esferas de la vida económica social y política supondría una revolución mucho más radical que otras "reformas de estructuras" sobre las que tanto se habla (reforma agraria, nacionalización del suelo, etc.). Por eso se habla tan poco de ese cambio; en el fondo, muy pocas personas lo desean... Es absurdo que el "status" de mujer casada inhiba tanto la participación social. Supone el mayor derroche de talento y energías que imaginarse pueda: sólo un país inmensamente rico puede permitirselo.

Las reformas que se exigen no se pueden hacer a golpe de "Boletín Oficial". Se trata de cambios muy sutiles de mentalidad que en

(34) FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ (*Los conflictos de paternidad en Derecho Comparado y Derecho Español*, Premio Durán y Bas 1970, Ediciones-Ariel, Esplugues de Llobregat, Barcelona, 1971, p. 112) afirma, respecto del hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y después de los ciento ochenta días a la celebración del segundo matrimonio, éste contraído por la viuda contra la prohibición del artículo 45,2 del Código civil, que el conflicto de las paternidades del primero y segundo esposo de la madre, debe ser resuelto por el juez. Y el juez deberá tener en cuenta las pruebas biológicas para determinar la paternidad. "Como ya tengo dicho en otro lugar, con todo respeto para nuestro más Alto Tribunal, pero también con toda energía y la máxima vehemencia, disiento del criterio sentado en la célebre y decepcionante sentencia de 24 de enero de 1947. Entiendo que las pruebas biológicas al uso en todos los países civilizados (la de grupos sanguíneos, la heredobiológica o antropomorfológica, y la de grado de madurez del recién nacido, fundamentalmente) sobre las que debo insistir que hoy son altamente eficaces y plenamente solventes técnica y procesalmente, deben ser plenamente admisibles en los procesos sobre paternidad, tanto legítima como ilegítima, tanto en impugnación como en conflictos"... (id., id. pp. 113 y 114).

(35) Ob. cit., pp. 60 a 64.

el mejor de los casos ocuparán el lapso de una generación... Se sigue silenciando, por tanto, la mayor discriminación social vigente hoy en nuestro mundo y que alcanza de modo muy particular a nuestro país... "Las chicas jóvenes de hoy no pretenden sólo competir con el varón en el trabajo (no han llegado todavía a los puestos directivos), sino liberarse de cualquier forma de dominación que se base en el hecho de su femineidad."

Nuestro legislador debe inspirarse en esta sociología, si de veras quiere realizar la obra fundamental de la supresión real y efectiva de la discriminación de la mujer en nuestra sociedad. Sociología que a su vez suministra al filósofo del Derecho, las bases para su reflexión radical sobre la condición del hombre y para las consecuencias que cabe extraer del capital principio del legislador respeto de la excelsa dignidad de la persona humana.

Es tanto más extraña la filosofía acerca de la condición de la mujer, cuanto que el propio discurso en defensa de la proposición de la ley en las Cortes reconoce el principio fundamental del cambio social en la condición de la mujer producido en nuestra patria: "la reforma de 1958 que supuso un evidente avance, ha quedado, a juicio de las mujeres españolas, un tanto rebasada por la evolución que España ha sufrido en los últimos treinta y cinco años... No puede pasarnos desapercibido que ello es una consecuencia más de la gigantesca transformación que está teniendo lugar en todos los órdenes de la vida, que ha sido, cuantitativa y cualitativamente considerado, mayor en el tiempo transcurrido en el presente siglo que en los diecinueve anteriores. En este contexto de cambios y de profunda transformación la mujer no ha permanecido al margen, sino que se ha visto inmersa en esa corriente de modificación y evolución general, y su potenciación en todos los órdenes de la vida ha sido, por fortuna, un hecho evidente" (36).

Pues bien: reconociendo esta realidad sociológica, no se puede postular la simple equiparación de la mujer al hombre: es preciso partir de la igualdad sustancial de ambos sexos ante la ley y dotar al ser humano, varón o hembra, de un estatuto jurídico que comprenda iguales derechos. Reconocer el agudísimo proceso de cambio social y familiar que se ha desencadenado en nuestra patria en los últimos decenios y propugnar como ideal legislativo que ha de presidir las reformas, la simple equiparación de sexos, es querer modificar demasiado tarde y demasiado poco, el estatuto de la mujer.

Para ser consecuente con el reconocimiento del cambio social debe adecuarse el Derecho al proceso del cambio, y suprimir la discriminación basada en el sexo en muy breves años.

La fórmula "equiparados, pero no iguales" es necesariamente retardataria de la supresión de la discriminación de la mujer.

Si admitimos este principio, la derogación del artículo 321, "simple poda de una rama totalmente muerta en nuestro Código civil,

(36) Boletín citado de 20 de julio, p. 19.

tan muerta que es absolutamente incapaz de producir ninguna consecuencia dañosa para nadie" (37), puede convertirse en una victoria sin salida, en lugar de ser lo que creo es: un principio esperanzador de una serie de leyes que noven la desfasada noción estamental —burguesa individualista de la familia que refleja nuestro anticuado Código civil, y adecuen el Derecho de Familia a la nueva ética familiar humanista comunitaria.

No considero defecto de la ley que comento su carencia de disposiciones transitorias, pues, como luego examinaré, existen elementos suficientes en nuestro Derecho para resolver los eventuales problemas de orden intertemporal que pueda suscitar la derogación del precepto.

Merece consideración aparte lo que estimo gravísimo defecto de la ley que estoy examinando: su silencio absoluto acerca del destino de los preceptos de la ley que reorganiza el Patronato de Protección a la mujer que anteriormente transcribí.

VIII. EXAMEN DE LOS PRECEPTOS DE LA LEY QUE REORGANIZA EL PATRONATO DE PROTECCION A LA MUJER A LA LUZ DE LA DEROGACION DEL ART. 321 DEL CODIGO CIVIL

Examinaré los preceptos y su crítica con anterioridad a la nueva ley; las consecuencias de la ley 31/72 en los mismos; el problema de los gastos que origina la mujer interna por orden judicial o gubernativa; y la incidencia de la derogación del artículo 321 en el Código penal.

A) Examen de los preceptos de la ley de 20 de diciembre de 1952 que reorganiza el Patronato de Protección a la mujer: La filosofía fundamental que inspira esta ley es sumamente discutible. Parte de una noción de moralidad estamental individualista totalmente superada, ajena a la noción de ética societaria o comunitaria que propugna el Concilio Vaticano II (38). Sienta las bases de la protección de la moralidad de la mujer —en un sentido estrictamente sexual— sin preocuparse excesivamente por la del hombre.

El artículo 3.º, párrafo 3.º de dicha Ley parece legitimar a cualesquiera particulares para que puedan confiar al Patronato mujeres menores de veinticinco años para que ejerza sobre ellas funciones tutelares. Ello es absolutamente incorrecto: el Patronato no puede ejercer ningún tipo de protección sobre las mujeres casadas, pues dicha función incumbe a sus maridos como consecuencia de la potestad marital, sea cual fuera su edad. Tampoco puede admitirse que personas distintas del padre o la madre con las que las solteras

(37) Procurador señor Hernández Claumarchirant, en el Apéndice del "B. O. C.", núm. 46, p. 6.

(38) Constitución conciliar "Gaudium et spes".

mayores de edad y menores de veinticinco años convivan, puedan confiar a dichas mujeres al Patronato; ni al abuelo o la abuela, ni un pariente, ni un guardador de hecho con los que convivieran las mujeres al llegar a su mayoría de edad están legitimados para tal encargo.

Las medidas del artículo 19, párrafo 2.º de la ley que he reseñado tampoco son muy afortunadas. El artículo 321, base evidente del que ahora me ocupa, permite que el padre o madre con el que conviva la "hija de familia", aprecien las circunstancias que les aconsejan conceder o no la licencia para que la hija abandone tal convivencia. Claramente se trata de una apreciación familiar, entregada al buen criterio del padre o madre, incoercible, siquiera pueda ser revisada judicialmente si la hija alega una causa que justifique la separación. No debiera, por tanto, ninguna autoridad administrativa sustituir tal apreciación familiar.

Sin embargo, cabe que en los casos previstos en el artículo 446 —hoy 447— del Código penal, prostitución o peligro de prostitución de la mujer y carencia de medios lícitos de subsistencia, no sólo el padre pida el internamiento forzoso en un establecimiento de reforma, sino que lo haga de oficio el Patronato, "cuando fuere necesario continuar la labor de regeneración iniciada sobre ellas por el Patronato".

Tal internamiento de oficio, cuando la hija ha salido de la competencia protectora del Código penal por cumplir los veintitrés años de edad, no tiene precedente alguno en nuestra legislación, ni base legal alguna, salvo el propio precepto que comento. Se trata de una interpretación extensiva de dos leyes que son odiosas y restrictivas de derechos, por imponer una pena civil (art. 321, C. c.), y medidas restrictivas de la libertad de carácter penal (art. 447 C. p.). Por tanto, leyes de tales características excepcionales y carentes de ratio extensiva no debieran haber sido interpretadas de tal suerte por el artículo de la ley que comentamos, que al realizar tal interpretación perturba los fundamentos todos de la seguridad jurídica y los principios generales del Derecho.

La falta de legitimación familiar se desprende de que el Patronato sustituye esa libre, incoercible apreciación del padre o de la madre por la administrativa, realizada en un expediente administrativo, en el que se ordena una pena restrictiva de la libertad sin las garantías que establece el ordenamiento procesal penal, y el propio Código penal.

¿Puede el padre o la madre con los que convivan la hija mayor de veintitrés años ordenar la salida del establecimiento de reforma? Si queremos respetar el fundamento familiar del internamiento, la ratio de la que deriva —el art. 321 C. c.— es evidente que sí. Si no lo admitimos es que tal fundamento ha servido de mero camuflaje legal para dictar un precepto tuitivo carente de encaje en los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. No parece que sea esa la mejor forma de regenerar a la hija de familia, ampa-

rándose en un precepto cuya ratio y sentido restringido no se respetan, así como su carácter esencialmente familiar y privado.

Tampoco es muy feliz la medida de domiciliación forzada de la hija de familia menor de veinticinco años, aun mayor de edad, que previene el artículo 25 de la misma ley. Es más que dudoso que el padre o la madre, por la sola virtud del artículo 321 del Código pudieran recabar el auxilio de la fuerza pública para obtener el ingreso de la hija en el propio domicilio familiar. La hija es mayor de edad, y tal constreñimiento es inconcebible: está obligada a convivir, pero el padre no puede emplear a la fuerza pública, ni puede actuar directamente sobre la persona de la hija, sin incurrir en delito de secuestro. Pero está obligada a vivir con los padres, no en domicilio ajeno a los mismos. En la mente de García Goyena y de Cárdenas, el recato de la condición femenina se conserva en el seno del hogar familiar, no obligando a la hija a convivir en compañía de otras mujeres, quizá de peor conducta que ella. También aquí la ley está extendiendo la ratio del artículo 321 Código civil, dictando un precepto que quiere ser tuitivo —difícilmente lo entenderá así la mujer sujeta a corrección a una edad ya tan poco moldeable como la de la mayoría de edad— y en la práctica es penalizador, sin las garantías que el proceso penal establece.

Por supuesto que contra las extralimitaciones del Patronato cabe en definitiva el recurso a la jurisdicción ordinaria, que podrá ordenar la salida de la mujer del domicilio forzoso o del lugar de internamiento. Pero debiera tal sentencia ejecutiva desde luego, siendo inadmisibles y contrario a las garantías que la mujer debiera tener, que las medidas administrativas de protección o regeneración subsistan en tanto la sentencia no sea firme. La autoridad judicial es la que debería apreciar la necesidad de tales medidas, y dictarlas, suspenderlas, levantarlas o imponerlas nuevamente, sin sujeción al principio dispositivo, procurando, a la par que velar por la protección de la hija de familia, respetar en lo posible su libertad personal fundada en el hecho de su mayoría de edad.

B) Efectos de la ley 31/72 sobre los trascritos preceptos de la ley de Protección a la Mujer: Los preceptos de referencia quedan en muy comprometida posición a la vista de la derogación de la ratio familiar —débil ratio, “traída de los pelos” podríamos decir vulgarmente a que respondía el antiguo artículo 321. La mujer mayor de edad que no tiene obligación alguna de convivencia con el padre o la madre, ¿puede ser obligada por éste a tener su domicilio forzoso en un establecimiento, del que no podrá salir sino por las causas del artículo 321, hoy derogado? Resulta delirante después de la derogación de dicho precepto conservar tal domicilio forzoso del artículo 23, que es de imposible aplicación por cesar su ratio legis: las exigencias de una buena hermanéutica obligan al intérprete a aplicar en casos tan claros como el presente la interpretación abrogante, y considerar derogada la ley cuando cesa su ratio legitimadora.

No obstante, resulta penoso que la mujer objeto de tal medida, que

sólo podría ser decretada por el padre o la madre y nunca por la Junta —a diferencia de las medidas del art. 19, 2— pueda ser molestada por funcionarios administrativos, policía, etc., que no entienden demasiado de sutilezas legales y para los que las mujeres de menos de veinticinco años siguen estando bajo su vigilancia. El final de la controversia sería siempre que los Jueces ordinarios decretarían la ilegalidad de la medida de internamiento, pero ello en virtud de sentencia ejecutoria, con molestias y gastos para la mujer mayor de edad, lo que carece de sentido. No hay que molestar a los Tribunales con el examen de pretendidas controversias, evidentes como la luz del día, que no debieran producirse nunca más.

La continuación de las medidas protectoras previstas en el artículo 446 del Código penal, cuando la mujer adquiere la mayoría de edad y las medidas sean anteriores, en su origen, carece de sentido. La interpretación abrogante debe ser aplicada del mismo modo que en el caso anterior en el de la mujer mayor de veintitrés y menor de veinticinco años sometida a tales medidas, pues el Código penal no tutela la honestidad de la mujer en pasando ésta de los veintitrés años de edad. A partir de la misma ha cesado la ratio legitimadora de las medidas de la Junta: el derecho del padre de tener consigo a la hija. Si antes era aberrante que la Junta se sustituyese al padre, ahora sólo el desnudo precepto del artículo 19 de la ley de reorganización del Patronato, privado de todo apoyo en el Código penal o en el extinto artículo 321 del Código civil podría interpretarse en el sentido de que la Junta pueda, contra viento y marea, imponer la protección a esta mujer. Creo que también la interpretación abrogante permitiría al intérprete en una controversia ante la jurisdicción ordinaria, dar por derogada tal medida de intervención de oficio respecto de las mujeres mayores de veintitrés y menores de veinticinco años. Tal interpretación abrogante debiera ser tenida en cuenta en vía administrativa por la Junta del Patronato y por los funcionarios encargados de aplicar las medidas de protección.

No se ve tan claro el fundamento de la interpretación abrogante del artículo 19,2, de la ley de reorganización del Patronato, en el caso de la mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés que se halle en las situaciones previstas en el artículo 446 del Código penal. Sabido es que tal Código extiende la tutela de las mujeres hasta los veintitrés años de edad. En pura dogmática positivista, mientras no cambie el Código penal, mientras la protección de la mujer en los delitos contra la honestidad no sea rebajada a los veintidós años de edad, lo que sería congruente con la derogación del artículo 321, las medidas de protección a la mujer, iniciadas antes de la mayoría de edad, deben continuar. Pero al menos, y de modo congruente con el espíritu de la reforma deberá la Junta Provincial sopesar cuidadosamente si no está empleando mal el tiempo y el dinero en corregir a la que no quiere ser corregida por ser de veintidós años de edad. No creemos sea fácil de convencer a la alocada mujer de esta edad que quiere "vivir su vida", o a la que la necesidad

ha reducido a la prostitución, y que a buen seguro habrá oído hablar de la supresión del artículo derogado como el argumento mágico de la liberación de todo control en su conducta, que las medidas de protección que se iniciaron después de los dieciséis años son beneficio para ella y no una pena que hay que sufrir y de la que necesariamente le liberará la llegada a la edad de los veintitrés años. La carencia de efectos prácticos de la medida prevista en el párrafo 1.º del artículo 19, para la mujer mayor de veintiún años, aconseja como mínimo, como medida de cautela para la Junta de Protección no hacer uso de la misma sino en casos en que un cuidadoso análisis de las circunstancias todas de la mujer mayor de veintiún años, pueda justificar el éxito de la misma.

C) ¿Quién debe abonar los gastos de internamiento de la mujer mayor de veintiún años? El párrafo 2.º del artículo 25 de la repetida ley de reorganización del Patronato, establece que tanto las autoridades judiciales como las gubernativas que dispongan internamientos, determinarán las personas que deban satisfacer los gastos de aquéllos.

Creo que a partir de la mayoría de edad, el padre o la madre que tengan en su compañía a la "hija de familia" no tienen hacia ella otra obligación que la de suministrar los alimentos legales en los casos previstos en el artículo 142 y siguientes del Código civil. Tales alimentos, a mi entender, deben ser interpretados estrictamente. En efecto, si en tiempos de la codificación el trabajo femenino era escaso, en la actualidad un 25 por 100 de nuestra población activa se compone de mujeres. La mujer que quiere trabajar lo puede hacer: las declaraciones de nuestros políticos demuestran que el pleno empleo está casi conseguido en España y el porcentaje de población parada en nuestra patria es el más bajo de Europa. Imponer a un padre o madre la carga de alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código civil, porque el Patronato de Protección a la Mujer estime que la mayor de veintiún años debe ser reeducada es una obligación legal... sin base en ley alguna.

El fundamento de los alimentos legales es la dura necesidad y según nuestros políticos no existe la dura necesidad en la España del desarrollo socioeconómico.

Si el Patronato de Protección a la Mujer quiere reeducar a la mayor de veintiún años, que lo haga... a su costa, con cargo a los presupuestos del Estado, en el supuesto de que no se admita mi tesis de la interpretación abrogante de los preceptos legales desprovistos de su ratio legitimadora.

Sólo cuando la mujer sea menor de edad cabrá imponer a los padres la obligación de alimentar y tener en su compañía a la hija (art. 155 C. c.). Obligación bien distinta de la legal de alimentos: mientras ésta nace de un derecho de familia de la hija mayor de edad respecto de sus padres, pero sólo para los casos de necesidad e imposibilidad de trabajar, aquélla nace de una función derivada de la

patria potestad, independiente del estado de necesidad y del efectivo trabajo de la hija.

Confundir una obligación del padre con la otra, es totalmente antijurídico, y la imposición del deber de pagar los gastos de internamiento de la mujer mayor de edad al padre o a la madre es una exacción ilegal, que podría suponer delito de prevaricación o de exacciones ilegales si —lo que estimo imposible— alguna autoridad judicial o administrativa la exigiera de algún padre.

Ni siquiera en el caso de que el padre temerariamente pidiera el internamiento de la hija mayor de veintiún años, y con notoria ligereza, dada la derogación del artículo 321, se accediera a lo solicitado, podría estimarse asumida una obligación legal por el padre solicitante, pues la obligación legal no se presume (art. 1.091 C. c.) y nadie entiende obligarse hacia el Estado a más de lo que éste mismo le impone por medio del sistema fiscal o parafiscal rigurosamente legal.

Mucho menos admisible sería que la propia autoridad judicial o administrativa dispusiera se pagaran los gastos de internamiento con cargo a los bienes de la mujer en estado de protección legal. Porque difícilmente los tendrá, o no serán habidos caso de tenerlos. Si los tuviere y procedieren de su prostitución, ¿sería lícito que el Estado ingresara en sus arcas unos gastos de internamiento dimanantes de la prostitución? Sería más lógico que hiciera comiso de todo el importe de tal tráfico con lo que no sería posible el abono de tales gastos.

Por otra parte, muy difícilmente podría cohonestarse la medida de protección de la “hija de familia” con la confiscación de su patrimonio. Sería más penalización que corrección, que reforma de la conducta.

D) Influjo de la ley 31/72 en los preceptos del Código penal que regulan los delitos contra la honestidad (38 bis). La derogación de la limitación contenida en el artículo 321 del Código civil, la equiparación plena de la mujer soltera mayor de edad al varón en el plano civil, obligan a modificar el Código penal. El estupro con engaño, el rapto de una mujer mayor de veintiún años realizado con su anuencia, difícilmente pueden ser considerados como delito a la luz del nuevo estado de las costumbres sociales. ¿Puede considerarse engañada la estuprada mayor de edad? ¿A qué bien fundamental —fuera de una patria potestad ya extinguida— se atenta cuando con anuencia de la raptada mayor de veintiún años se la arrebatada de su domicilio, que puede ser independiente del paterno al haber sido derogado el artículo 321?

Del mismo modo las medidas protectoras a que se refiere el artículo 447 del Código penal, que pueden imponerse a la mujer mayor de veintiún años hasta los veintitrés, deben ser igualmente limitadas

(38 bis) Debe agradecer en la redacción de este epígrafe D) la ayuda inestimable del brillante Abogado del Ilustre Colegio de Huelva, don Antonio Segovia Moreno.

hasta la mayoría de edad. Pretender regenerar una mujer a una edad de veintiuno o veintidós años, es poco práctico: probablemente los limitados fondos públicos destinados a estos menesteres serían mejor empleados en corregir a las mujeres menores de edad, que desgraciadamente nunca faltarán.

Esto no es hacer apología de la pública inmoralidad: recursos sobrados tiene el Estado español (Ley de Peligrosidad Social) para reprimir enérgicamente la prostitución, masculina o femenina, sin limitación de edad. Es plausible la moralización de las costumbres siempre que no se discrimine a la mujer por razón de su sexo: no es admisible echar el peso de la represión sexual sobre la mujer, olvidando inexplicablemente al varón e imponiendo una protección ineficaz a las mujeres mayores de edad, lo que psicológicamente supone para ellas una represión. Probablemente la ineficacia de tales medidas obliga a considerarlas más como un castigo sin futuro que una corrección saludable.

IX. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DEROGATORIA

La ley que comento carece de precepto especial que determine la fecha de su entrada en vigor. Por tanto, parece que debe acudirse al artículo 1.º del Código civil, cuyo conocido criterio es que las leyes obligarán a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa.

Habiéndose publicado la ley en el “Boletín Oficial del Estado” de 24 de julio, a partir del siguiente deben contarse los veinte días naturales que establece el precepto.

Sin embargo, creo debe traerse a colación la doctrina expresada en la sentencia de 18 de mayo de 1907 —que tuvo su antecedente en las de 1 de marzo y 28 de noviembre de 1881— a tenor de la cual el artículo 1.º sólo se aplica a las leyes imperativas o prohibitivas, pero no a las permisivas, o sea, a las que establecen un derecho o facultad de que puede hacerse uso, ya que el vocablo “obligarán” implica institución de preceptos, no concesión de facultades.

Comenta de modo insuperable esta sentencia Díez Picazo (39), y a su interpretación me adhiero. “Esta distinción que se funda en la diferenciación de las leyes en imperativas, prohibitivas, punitivas y permisivas, ha sido criticada, observándose que la llamada ley permisiva no es en rigor tal, pues lleva siempre oculto un precepto previo o posterior. La ley que establece un derecho o una facultad es permisiva sólo de un modo relativo, pues concede algo al sujeto activo del derecho o de la facultad, pero, al mismo tiempo, obliga a otra u otras personas, a los sujetos pasivos de tal derecho o de tal facultad. La ley permisiva sólo es tal con referencia a un oculto precepto previo o posterior, en las medidas en que levanta un im-

perativo o una prohibición, ya de una manera total, derogándolos, o bien de una manera parcial (exceptuando). Por esto debe pensarse que las leyes que conceden derecho o facultades en cuanto que obligan a otras personas están sometidas al régimen general de entrada en vigor, y *que sólo aquellas leyes que levantan un límite legal de la autonomía privada o de la libertad individual, puede entenderse que tácitamente consienten su inmediata entrada en vigor*” —el subrayado es mío—.

Pues bien, es evidente que en el pensamiento de Díez Picazo, la derogación del artículo 321 levanta un límite impuesto a la libertad individual y debe tener efecto inmediato desde el 25 de julio de 1972. Parece forzado interpretar tal derogación en el sentido de imponer al padre o a la madre la obligación de dejar libre a la hija de familia, y, consiguientemente, que está sujeta al plazo general de la *vacatio legis*.

Ello no prejuzga el problema que a continuación examinaré de la eficacia intertemporal de tal derogación, del Derecho transitorio de la misma. A simple vista parece que si se admite la entrada en vigor inmediata del precepto derogatorio, se admita a la vez su retroactividad: la mujer que haya cumplido veintiún años el mismo día 25 de julio podrá salir inmediatamente de la casa del padre o madre con los que conviva.

Sin embargo, un examen más atento del precepto permite admitir su eficacia inmediata, sin *vacatio legis*, sin que ello implique necesariamente retroactividad del mismo. Cabe cuestionar, en efecto, si la hija que el día 25 de julio había cumplido los veintiún años y algunos días, pudo salir inmediatamente de la casa del padre o de la madre, o no.

Aunque parece artificiosa la distinción, creo que es clarísima, aunque no dejo de reconocer que postular la aplicación inmediata de la ley, sin *vacatio legis*, no deja de suministrar un argumento más a su retroactividad.

Si no admitiéramos la entrada en vigor de la ley desde el 25 de julio —o si apuramos el argumento, desde la salida del “Boletín Oficial” a la calle, el propio día 24— creo que existiría una causa que justifica la separación: la promulgación de la ley que deroga la limitación legal. El intérprete debe evitar lo absurdo de la retención de la mujer en los últimos días de vigencia del precepto que se sabe oficialmente ha sido derogado tácitamente. Ningún interés, ni económico ni moral o de afección, pueden aducir el padre o la madre que pretenden apurar los últimos días de la abolida facultad. El descrédito social de la norma de que tan acertadamente habla Lala-guna sería aquí superlativo —ha sido derogada, lo que es el máximo descrédito posible— y forzaría al juez a decretar la libertad de la hija de inmediato. ¿Resulta económico procesalmente que el juez admita a trámite el 26 de julio, v. g., la solicitud de la hija pidiendo la adopción de las medidas provisionales de la Ley de En-

juiciamiento civil, cuando lo único lógico es conceder de inmediato la salida del hogar paterno a la hija?

La escasa trascendencia práctica de los problemas que aquí planteo no debe ocultar su honda raíz humana: debe postular el intérprete, en todo momento, la solución más conforme con la libertad personal del ser humano, valor jurídico de incalculable trascendencia.

X. EFICACIA TEMPORAL DE LA DEROGACION DE DICHO PRECEPTO

No parece ocioso plantearse el problema del Derecho transitorio que envuelve la derogación del antiguo artículo 321. Aunque la inmensa mayoría de los autores reconocen la casi inaplicación práctica del precepto, bastaría que al tiempo de entrar en vigor dicha ley hubiera una sola controversia entre padres e hija acerca del alcance de la nueva ley, para justificar la atención de la doctrina. Y aunque no existe estadística ninguna de la eficacia práctica del artículo 321, creo que la reforma —no derogación— del proyecto por ley de 20 de diciembre de 1952, permite pensar en la existencia de casos prácticos que movieron al legislador a redactar de nuevo el precepto, efectuando de paso una interpretación auténtica de la vieja frase “tomar estado”, verdadero tormento de autores y jurisprudencia. Albaladejo (40) afirma haber emitido dos dictámenes en tiempos muy recientes sobre determinados puntos oscuros del precepto. Nada impide que en el momento actual se susciten controversias acerca de la vigencia temporal de la ley derogada, e incluso existan procedimientos pendientes de resolución de los previstos en el artículo 1.901 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es claro que la escueta ley derogada no contiene ningún precepto que pueda servir de guía al intérprete para delimitar el alcance temporal de dicha derogación. Ello obliga a plantear el problema en la sede general del Derecho transitorio: el Código civil y sus disposiciones especiales en la materia.

Podrá discutirse si dicho Código hace las veces de Derecho común en este punto para los distintos ordenamientos jurídicos especiales —administrativo, procesal, penal, laboral, mercantil, etc.—, lo que creo debe afirmarse a la vista del artículo 16 del mismo texto legal que dota de rango y jerarquía de “*ius commune*” a los principios generales de Derecho transitorio del Código (especialmente su capital art. 3.º) (41).

Pero en el caso que estoy estudiando es indiscutible que nos hallamos ante la derogación de una norma jurídico civil producida a

(40) Ob. cit., p. 514.

(41) DIEZ PICAZO, *Lecciones de Derecho civil*, cit., p. 518, es de la misma opinión. También DE CASTRO, en *Derecho civil de España citado*, p. 653.

mayor abundamiento por la nueva redacción dada a dos preceptos del Código civil. Es clarísima, pues, la aplicación a tal derogación del Derecho transitorio contenido en el Código civil (42).

Tal Derecho transitorio se contiene fundamentalmente en el artículo 3.º de dicho cuerpo legal y en las trece disposiciones transitorias del mismo, que desenvuelven y aplican el principio fundamental contenido en tal artículo a los diversos casos que puedan presentarse como consecuencia de la promulgación de nueva legislación.

No es aquí el lugar oportuno de estudiar el complejo problema de los variados criterios doctrinales y teorías que han expuesto los autores desenvolviendo los principios de retroactividad o irretroactividad de la nueva ley. Interesa sólo hacer un estudio dogmático jurídico del sistema del Derecho intertemporal del Código Civil, aplicando dichos criterios doctrinales en la medida que puedan iluminar el problema planteado.

El artículo 3.º del Código establece la regla general de la irretroactividad. Pero como dice De Castro (43) "sin prejuzgar ni intentar restringir la libre iniciativa del legislador, añadiendo la salvedad "si no dispusieran lo contrario".

Tiene el carácter de norma general complementaria que servirá de regla interpretativa y orientadora, tanto a los Tribunales como a las autoridades administrativas. Su ámbito queda marcado por el concepto de la retroactividad y de las excepciones que contra ésta se admiten".

Aplicando estas ideas al problema de la eficacia temporal de la derogación del antiguo artículo 321, pueden sostenerse dos tesis al respecto: la retroactividad del precepto derogatorio o la irretroactividad del mismo.

Conforme a la primera, la hija de familia que se hallare en la situación de convivencia forzosa del antiguo artículo 321, puede, desde la entrada en vigor de la ley, hacer uso de la libertad personal que le permite su estado de mayor edad, y abandonar libremente la casa del padre o madre con el que conviva, abandonar la temporal o definitivamente, volver a ella —si es recibida— y volver a salir de la misma. El Derecho se inhíbe de este ejercicio

(42) Díez PICAZO, ob. cit., p. 518, afirma "las disposiciones transitorias del Código civil se aplican también en los cambios introducidos por las posteriores reformas introducidas en el texto del Código, que no han poseído su propio sistema de transición". Y cita como ejemplo la introducida por la ley de 24 de abril de 1958 que planteó el problema con toda su crudeza. Finalmente, concluye: "Lo mismo ocurrirá con las posibles futuras reformas del texto del Código que no vayan acompañadas de especiales reglas de transición."

Del mismo criterio es DE CASTRO (*Compendio*, cit., p. 153) cuando asevera: "La vitalidad de los principios que informan las disposiciones transitorias ha sido puesta a prueba repetidamente, cada vez que una reforma del Código civil hace necesario recurrir a ellos. La reforma de 1958 por su extensión e importancia hará imprescindible que casi todos entren en juego"...

(43) "Derecho civil", I, cit., p. 646.

de la libertad personal. Si el padre le deja entrar en la casa familiar, después de haberle permitido salir, es cuestión del “no Derecho” familiar, en la que el legislador no quiere entrar. Lo único que garantiza es el ejercicio de la libertad personal: el padre que después de la nueva ley retiene a la hija en la casa familiar contra su voluntad está cometiendo —según la tesis que expongo— un delito de secuestro.

Conforme a la segunda, el precepto regula inmediatamente la situación de las hijas de familia que a la entrada en vigor de la ley no han cumplido los veintiún años de edad, pero no puede reglamentar, por impedirlo el principio general de irretroactividad de la ley, robustecido por los argumentos que luego expondré, la situación de las que habían cumplido los veintiún años en tal fecha. Esto último supone un período transitorio de casi cuatro años para liquidar las situaciones de convivencia de la hija de familia con sus padres. Si el padre impide que la hija abandone su convivencia, no concurriendo una justa causa de las enumeradas en el antiguo artículo 321, que permitían a la hija abandonar la casa familiar, no comete delito de secuestro, pues ejercita un derecho —en liquidación, pero derecho— y a nadie daña con su ejercicio.

Expondré las razones que abonan cada una de las tesis.

A) A favor de la irretroactividad, se puede aducir: a) El criterio general del artículo 3.º. Debe presumirse que la voluntad del legislador ha sido no afectar las situaciones creadas al amparo del antiguo artículo 3.º. Si la ley hubiera querido afectar estas situaciones, lo hubiera establecido expresamente. Pudieron los diversos juristas que participaron en la Comisión de Justicia que discutió el precepto hacer alusión al problema y no lo plantearon siquiera.

b) Lo que es una aplicación de dicho principio general de irretroactividad: la declaración preliminar de las disposiciones transitorias del Código, según la que “las variaciones introducidas por este Código que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo”. Y derecho adquirido es el que ostenta el padre, conforme a la antigua legislación, de retener en su compañía a la hija.

Aunque no es aquí el lugar apropiado para tratar de la noción de “derecho adquirido”, de las diversas teorías al respecto, de la crítica de la misma por la moderna doctrina, lo cierto es que el Código utiliza tal construcción, y habrá que emplearla con arreglo a los criterios de la moderna hermenéutica.

Que el padre, según el antiguo artículo 321 del Código civil, tenía el derecho de retener en su compañía a la hija, es incontestable. De Castro (44) afirma que “el padre en cuya compañía viviera la hija sólo conserva una *facultad*, la de impedirle abandonar la casa paterna, la de obligarle a continuar residiendo en ella, pero nada más” Albaladejo (45) califica tal facultad de “derecho” del padre.

(44) *Reforma o supresión del artículo 321*, citado, p. 207.

(45) *Ob. cit.*, p. 515.

c) La disposición transitoria primera que refuerza el principio general o declaración contenida en el encabezamiento de dichas disposiciones: "se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca". La derogación de la facultad del padre de retener a la hija no puede perjudicar sus derechos adquiridos según dicho precepto.

d) Aunque la disposición quinta establece la emancipación y extinción de la patria potestad respecto a los hijos mayores de edad que hubieren cumplido la edad legal al empezar a regir el Código, también contempla una situación semejante a la prevista por el artículo 321 antiguo, pues a continuación afirma que "si continúan viviendo en la casa y a expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la patria potestad según la legislación anterior". Se regula por el legislador una situación en la que la hija mayor de edad continúa viviendo en la casa y a expensas de sus padres —situación que, sociológicamente, con o sin derogación del artículo 321 debe ser la de la gran mayoría de las hijas solteras mayores de veintiuno y menores de veinticinco años aún en la actualidad (46)— y en tal supuesto, se permite que los padres conserven los derechos de que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio. No sería muy violento extender la ratio de la conservación de tales derechos patrimoniales familiares al derecho personal familiar del antiguo artículo 321 cuando la disposición transitoria 13.^a establece que "los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento".

Concluyendo: si la hija continúa viviendo en casa del padre, después de la entrada en vigor de la ley 31/72, el padre tiene derecho a retenerla en virtud de la disposición transitoria que comento.

e) No es obstáculo a tales consideraciones en pro de la irretroactividad de la ley derogada, el que hayan sido derogados los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulaban la custodia de la hija de familia que pretendía salir del domicilio paterno por una de las causas del antiguo artículo 321 (arts. 1.180, párrafo 3.º y 1.901 a 1.909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pues aun-

(46) No existe que yo sepa estadística fiable al respecto. Sí parece demostrado, en cambio, que la mujer casada en España trabaja mucho menos, proporcionalmente a la soltera, y que aparentemente, los Planes de Desarrollo se están haciendo para crear cientos de miles de puestos de trabajo para la mujer. AMANDO DE MIGUEL (ob. cit., p. 56) afirma que... "en 1970... sólo habrá en España unos cien o doscientos mil puestos de trabajo para varones por encima de los que había en 1960. En cambio, tenemos que en 1970 hay más de un millón y medio de puestos de trabajo para mujeres en relación a los que había diez años antes... En la próxima década veremos aumentar quizá en unos trescientos mil los varones activos frente a un millón más de mujeres activas".

que el caso que no esté explícitamente regulado en las disposiciones transitorias del Código civil, cabe aplicar el último inciso de la transitoria 4.º: “Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallare pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior y éstos fueren diferente de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros.” Por supuesto que en el espíritu de la disposición está el caso de la mujer que haya solicitado la aplicación de tales medidas de custodia ante la negativa del padre, antes de la entrada en vigor de la ley derogada. Aquí la opción es inevitable a favor de la antigua ley procesal: conforme a ella deberá dictarse el auto judicial que ordenará la salida de la hija o desestimará la petición de la misma.

La misma ratio deberá aplicarse al caso de que la hija que, según la tesis de la irretroactividad, sigue conviviendo obligatoriamente con el padre, pretende después de la entrada en vigor de la ley 31/72, salir de la casa alegando una de las causas legales e inicia el procedimiento después del tal entrada: se seguirá aplicando la legislación procesal derogada. No cabe realizar una opción en Derecho cuando uno de los términos de la opción se ha desvanecido: la opción se transforma en necesidad.

He expuesto las razones que fundamentan la irretroactividad de la ley derogada. Veamos cuáles son las razones —más fundadas a mi juicio— que permiten sostener la tesis contraria.

B) A favor de la retroactividad puede argumentarse:

a) Ciertamente que el artículo 3.º establece una presunción de irretroactividad de la ley. Pero tal presunción no es absoluta, ni mucho menos. Como dice De Castro (47), “esta presunción tiene distinta fuerza respecto a cada tipo de retroactividad; casi invencible respecto al grado máximo, bastante fuerte respecto al grado medio; fácilmente vencible en caso de retroacción atenuada”. Luego intentar demostrar que el grado de aplicación de la retroactividad que postula la ley 31/72 es el mínimo, siendo absurdo pretender el medio o máximo.

El propio De Castro reconoce que al lado de la retroactividad expresa cabe la tácita. Deben ser consideradas retroactivas, entre otras, las leyes que condenan, como incompatibles a sus fines morales y sociales, ciertas situaciones anteriores (48). Podrá entenderse que no es condenable por inmoral el antiguo artículo 321, pero sí que la casi unanimidad de la doctrina —con la notable excepción de Albadalejo— reprobaba, por múltiples razones que arriba expuse, la ratio del precepto derogado. Esta “communis opinio” es un dato importante a la hora de valorar la retroactividad del precepto. Como mínimo habrá que reconocer que es más conforme con las nuevas corrientes éticas comunitarias, más conforme con el principio de respeto a la dignidad de la persona humana la

(47) *Compendio*, citado, p. 149.

(48) *Id.*, *id.*, p. 149.

situación de libertad de la mujer que la de la convivencia forzosa que imponía el precepto derogado.

b) No es clara la existencia de un derecho y mucho menos, de un derecho adquirido del padre para retener a la hija. Ya vimos cómo De Castro hablaba de una "facultad" del padre, sin calificar abiertamente de derecho tal posibilidad que el ordenamiento jurídico le brindaba. En su Compendio, por el contrario, la conceptúa como una "situación frágil" (49).

Que el antiguo legislador había tomado conciencia del problema y que se resistía a robustecer la posición del padre en el plano estrictamente civil —aparte las consideraciones tuitivas de la ley de Reorganización del Patronato de Protección a la mujer, que no es el caso aducir aquí— lo demuestra el hecho de que las medidas procesales que reguló la reforma de 24 de abril de 1958 amparaban a la hija de familia que pretendía salir de la casa por una justa causa, y no al padre que pretendía recluirla por la fuerza en ella. Es obvio que el padre no podía sino acudir a un juicio declarativo ordinario de mayor cuantía para hacer uso de la facultad que le concedía el artículo 321, sin poderse beneficiar de un trámite menos complejo, ni mucho menos apelar directamente a la fuerza pública.

Difícilmente puede alegarse un interés en el padre, base legitimadora de su derecho, después de la entrada en vigor de la ley que estoy examinando. Por definición no lo hay pecuniario, pues la convivencia forzosa no atribuye ningún derecho al padre sobre los bienes, rentas o sueldos de la hija. Convivencia no es alimentación, atención médica, alimentos, en una palabra. En tal punto, el antiguo artículo 321 callaba y debe seguir callando. El padre tenía derecho a que la hija conviviera con él, pero no a ninguna prestación pecuniaria de la hija por tal convivencia, que en la práctica es facilitarle el alojamiento. Si el padre pretendía, conforme el antiguo artículo, que la hija le abonara la pensión por alojamiento o por alojamiento y manutención, bien podría la hija alegar la justa causa de no tener por qué pagar tales prestaciones del padre, a las que no le obligaba ley alguna.

La realidad era muy otra: la hija recibía alimentación, vestido, y cuidado médico, pero a cambio de ello era controlada en la práctica como si de una menor de edad se tratase; aportaba una ayuda económica, a veces decisiva, a la familia, si trabajaba y era de clase media o proletaria. Pero todos estos pactos del "no Derecho Familiar" no podían borrar la realidad desnuda de la ley. El padre no tenía ningún derecho al patrimonio ni a las prestaciones de trabajo doméstico u otras de la hija que por definición no eran exigibles jurídicamente. Nada ha perdido ni ganado, por tanto, en el plano patrimonial con la nueva ley.

Tampoco creo que exista una base legitimadora de tipo afectivo. Si el legislador ha valorado la condición femenina, considerando a

la mujer apta para regir su persona y bienes desde la mayoría de edad, sin limitar tal valoración cuando la mujer no haya cumplido la edad de veinticinco años, el padre puede seguir teniendo a la hija en su domicilio. Los pactos del "No Derecho Familiar" que en la práctica se vienen realizando, y que son simples pactos entre caballeros, inexigibles judicialmente, no se ven afectados por la ley derogada. La mayor parte de las hijas que viven en una buena avenencia con los padres ni siquiera se enterarán de la derogación de un precepto que les afecta. Para las otras, las pertenecientes a la ínfima minoría que se hallan en situación de alegar una justa causa que les permite salir de la convivencia que "no les va", hay que pensar que si la rebaja de la mayoría de edad civil que se produzca en lo sucesivo, originará con efecto retroactivo la extinción de la patria potestad (arg. disposición transitoria 5.ª, primera proposición), con mayor razón deberá extinguirse un derecho o situación jurídica tan frágil como el del padre de retener a la hija consigo después de la mayor edad. No parece que pueda considerarse menoscabado el interés de la afección familiar del padre, por considerar retroactiva la derogación del viejo precepto. Nada gana y nada pierde el padre con la derogación. No hay derecho adquirido. Alegar la afección, el daño moral que supone la pérdida de la convivencia forzosa de la hija para sostener un pretendido derecho adquirido a retenerla es encubrir solapadamente una mentalidad autoritaria que se resiste a la pérdida de una posición familiar que en el fondo es un privilegio infundado.

Se trataría en el fondo de un caso más del tráfico de licencias de que hablaba Federico De Castro: obtener beneficio pecuniario de la salida de la casa paterna de la hija. Porque si después de la nueva ley todavía queda un padre que pretende hacer valer su pretendido derecho, es que persigue algo distinto que velar por el pudor de su hija, trasnochado argumento éste que ha sido desvalorado por la propia ley, y único móvil lícito que permitiría fundamentar su demanda.

c) La disposición transitoria primera debe ser aducida en su integridad. En efecto, aunque reconoce los derechos nacidos según la legislación anterior de hechos realizados bajo su régimen, también reconoce la existencia de derechos declarados por primera vez en el Código, los que tendrán efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verifique bajo la legislación anterior, "siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen".

En la pugna entre la ampliación de la capacidad de la hija de familia, que obviamente adquiere el derecho a su libertad personal, sin limitación ni cortapisa por la derogación del artículo 321, y el pretendido derecho o, mejor, simple facultad del padre a tener en su convivencia a la hija, es evidente que es "mejor derecho" el de la hija. Pretender que el derecho adquirido del padre se opone al de la hija es volver a aducir de nuevo al argumento que he examinado bajo el apartado b), creo que con resultado negativo para las pretensiones del padre.

d) No parece muy correcto extender las excepciones de la disposición transitoria 5.^a por analogía. La regla general, en aquellos preceptos que afectan al estado de las personas, dice De Castro, es la retroactividad (50). Precisamente, el argumento que he aducido en pro de la irretroactividad es extender por analogía una regla excepcional, al decir de De Castro, lo que es contrario a las reglas de la buena hermenéutica.

Pero es que aunque no fuera excepcional la segunda proposición de la transitoria 5.^a, la analogía posicional del supuesto contemplado en dicha proposición es muy diversa de la en que se hallaban el padre y la hija a tenor del antiguo artículo 321 a la entrada en vigor de la ley 31/72. En este precepto se contempla una hija que se halla conviviendo con el padre, en una situación carente de todo contenido patrimonial. Como antes he dicho, el padre nada pierda y nada gana en el plano patrimonial con la derogación del precepto.

Muy diversa es la situación del padre que esboza la segunda proposición de la transitoria 5.^a. Aquél está manteniendo al hijo de familia que vive en su compañía y a sus expensas. Consecuentemente, viene disfrutando del peculio del hijo. Es justo que, como señalaba la Exposición de Motivos del Código "si pues, los hijos, al salir de la patria potestad prefieren vivir bajo la autoridad y el domicilio de sus padres y seguir, como en tales casos es presumible, la dirección y los consejos de éstos, parece natural que subsistan la administración y el usufructo de los peculios por todo el tiempo que la anterior legislación los mantenía. No será entonces el legislador, sino la voluntad tácita del hijo quien prorrogue la autoridad y las facultades paternas. Y por la misma razón, desde que el hijo mayor de veintitrés años salga de la casa de sus padres cesará la presunción en que descansa la regla 5.^a y con ella la administración y usufructo que al padre corresponden en los bienes de peculio".

Se trata de precaver un daño patrimonial al padre que mantiene a sus expensas al hijo llegado a la mayoría de edad que, por otra parte, disfruta de un peculio. Como dice la Exposición de Motivos, no es el Código, sino la voluntad tácita del hijo, la que le obliga a respetar la posición jurídica del padre respecto del patrimonio. Voluntad tácita que cesará cuando el hijo salga voluntariamente de la casa paterna, en cuyo caso, decae el fundamento del padre para seguir usufructando el peculio del hijo. Tal voluntad tácita no puede darse en el supuesto del artículo 321 en que la hija no puede salir de la casa del padre o la madre, si no es con licencia de los mismos, salvo justa causa.

Ningún perjuicio económico, concluyo, se causa al padre o a la madre por hacer cesar la obligatoriedad de la convivencia de la hija de familia desde la entrada en vigor de la ley 31/72. La analogía po-

(50) "El estado civil de las personas se considera afectado de modo inmediato por la nueva ley, al decirse que "quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar a regir el Código" (R. 5.^a) (Derecho civil de España, p. 660).

sional es inexistente, por lo que la analogía legis no debe jugar en este supuesto.

e) Admitiendo que la hija de familia, plenamente equiparada al varón al respecto por la ley 31/72, puede salir de la casa paterna en llegando a la mayoría de edad, y admitiendo en el plano sustantivo la retroactividad de la ley derogadora, no hay problema alguno en el plano adjetivo. Las medidas provisionales contenidas en los artículos 1.901 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil no tienen razón de ser a la entrada en vigor de la ley derogadora. Prevén una custodia interina de la hija de familia en tanto se sustancia la procedencia de justa causa de salida de la casa paterna de la misma. Es obvio que justa causa es la derogación de la ley que impone la convivencia forzosa.

Por tanto, aun desde el punto de vista procesal, y dado que los jueces no pueden ignorar la ley (art. 2.º C. c.) se aplicará en su espíritu el artículo 1.908 LEC: "esta situación continuará hasta que se acredite el cumplimiento de las condiciones exigidas para abandonar la casa paterna". El Juez procederá al archivo de las medidas provisionales, poniendo en el expediente la diligencia consistente en hacer constar la entrada en vigor de la ley que comento. No creo que sea preciso impulso alguno de parte, salvo que se trate de liquidar, v. g., la restitución a quien proceda de la cama y ropas de su uso (art. 1.907 LEC). Sería absurdo archivar el expediente y obligar a las partes a solicitar la restitución de tales efectos mediante un juicio ordinario declarativo.

f) Hice una alusión anteriormente a la primera proposición de la transitoria 5.ª. También expuse que si en el plano personal, un derecho tan enérgico como la patria potestad pierde su eficacia, según el Código, cuando la nueva ley rebaja la edad para alcanzar la mayoría de edad, con mayor razón deberá argumentarse de una situación frágil como es la del padre o la madre que tienen en su domicilio a la hija de familia. La similitud posicional aquí es clarísima, y el juego de la analogía que prevé la transitoria 13.ª, evidente. La opinión de De Castro, que también expuse antes, es favorable a que el estado de las personas se considere afectado de modo inmediato por la nueva ley.

g) Un principio general de Derecho obliga a presumir la plena capacidad de las personas si no hay una regla jurídica que lo impida. En la duda, hay que inclinarse por aquella situación y dotar de la máxima eficacia a las disposiciones que tratan de eliminar una restricción a la capacidad de las personas.

h) La interpretación restrictiva del antiguo artículo 321 del Código civil permite sostener que cualquier medio para eliminarlo totalmente de la escena jurídica es bueno si no choca con otro precepto o principio general de Derecho. La retroactividad de la norma que lo deroga es un buen medio, máxime cuando argumentos abrumadores en pro de la retroactividad no faltan.

i) El criterio del Código civil de aplicar la disposición más benigna cuando se trate de aplicar una pena civil (transitoria 3.ª) debe

servir de argumento a fortiori: cuando no se trate de penar un acto ilícito, sino de levantar una restricción lícita, a una cualidad tan fundamental de la persona como es la capacidad, deberá aplicarse con mayor razón la disposición más benigna para la hija: permitirle de inmediato la salida de la casa paterna. Sería absurdo que una hija que estuviera en un correccional por orden del padre en ejercicio de su potestad correctora, saliera automáticamente de él por ser promulgada una ley que rebajara la menor edad a los dieciocho años, por ejemplo, y que una hija mayor de veintiún años no pudiera salir de la casa paterna a la entrada en vigor de la ley que comento, por no haber realizado acto ilícito alguno, sino haber convivido pacíficamente con el padre.

C) ¿Qué tipo de retroactividad es el aplicable a la ley 31/72? Aunque parece poco práctico y más bien académico plantearse el tema del tipo de retroactividad de la ley, no obstante, tiene utilidad práctica como luego demostraré.

Distingue De Castro (51) entre retroactividad de grado máximo, y mínimo. “De grado máximo: la nueva ley se aplica a la relación jurídica básica y a todos sus efectos (p. ej., declara nullos y sin ninguna eficacia los matrimonios contraídos conforme a una ley anterior). De grado medio. La nueva ley se aplica a efectos nacidos ya durante la vigencia de la ley derogada, pero sólo cuando hayan de ejecutarse después de estar vigente la nueva ley (p. ej., ley que rebaja el interés de los préstamos incluso de los vencidos y no abonados). De grado mínimo o atenuado. La nueva ley se aplica sólo a los efectos de la relación que nazcan después de estar ya vigente la nueva ley (en el ejemplo anterior la rebaja del interés se impone sólo a los vencimientos posteriores a la ley)”.

Pues bien, es evidente que tratándose de eliminar la obligatoriedad de una situación continuada como es la convivencia entre los padres y la hija, la retroactividad no puede afectar a la convivencia anterior a la entrada en vigor de la derogación del artículo 321. Ninguna ley del mundo puede tener por no existente una convivencia anterior a la derogación de su obligatoriedad. No parece tampoco justo que la retroactividad alcance al máximo de su eficacia, v. g., declarando ilícita la conducta del padre que retuvo a la hija durante la antigua ley en su compañía. La retroactividad absoluta supondría un delito de secuestro en el padre, lo que por definición es absurdo por el principio de “nulla poena sine lege”. Chocaría, además, con el criterio de benignidad en la aplicación de las penas de la transitoria 3.^a que antes expuse: sería contrario a Derecho calificar de injusta —aun civilmente— la conducta del padre que retuvo a la hija en uso de un derecho o poder jurídico frágil, pero respetable, al amparo de la antigua legislación.

Sin embargo, parece que las secuelas de la convivencia que estuvieran pendientes de extinción al tiempo de la derogación (v. g.,

(51) *Compendio*, p. 148.

retención de la hija en poder de la persona encargada de su guarda, en virtud de las medidas procesales derogadas, devolución de la ropa y cama que se hubieren facilitado, etc.), deben liquidarse en el acto de la entrada en vigor de la ley, y ser dejadas sin efecto desde la misma, aunque no hubiere vencido el plazo de vigencia. Ello aproxima la retroacción que sostengo al grado de media, pues nada debe obstaculizar la libertad personal de la hija de familia desde el cese de la vigencia del precepto derogado. Pero por otra parte, no cabe duda que tales secuelas tienen validez y no pueden entenderse como inexistentes, sino rescindidas "ex nunc" por la nueva ley. Por tanto, lo lógico es calificar la retroacción del precepto como de grado mínimo. Basta para asegurar la posición de la hija de familia sin dañar derechos adquiridos del padre, del guardador de la hija, etc. Debe cesar "ex nunc" la convivencia forzosa para las hijas mayores de veintiún años que no es lo mismo que decir que debe prorrogarse hasta la llegada a los veinticinco años de las mismas.

Esta opinión, que estimo más justa a la ratio de la tan repetida ley derogatoria, suministra un argumento más a mi tesis de la retroactividad. En efecto, De Castro, y en general la doctrina opinan que el artículo 3.º establece una presunción de retroactividad fácilmente vencible respecto de la retroactividad de grado mínimo. Tal tipo de retroactividad afecta débilmente a la seguridad que los ciudadanos deben tener en que sus situaciones personales y sus expectativas no se vean afectadas de un modo insólito por un cambio de legislación. Aquí el imperativo de la justicia —la liberación automática de la mujer— debe primar sobre el del mantenimiento de un "statu quo" familiar que carece de atendibles razones, pero primar sin llegar al extremo verdaderamente injusto de considerar ilegal la retención que el padre o madre pudieran haber realizado, ex artículo 321, de la hija mayor de veintiún años.

XI. SU EFICACIA ESPACIAL

La determinación del ámbito espacial de la derogación del antiguo artículo 321 obliga previamente a estudiar en qué regiones de Derecho civil especial regía y cuál era el motivo de su extensión a las mismas. García Goyena, autor del precepto en el proyecto de Código civil de 1851 pretendía que el mismo rigiera para todos los españoles, dado que tal Proyecto suprimía totalmente los Derechos forales. Sin embargo, no fue esta solución antiforalista la que prevaleció en la ley de Bases de 1888, antecedente directo del Código civil. El artículo 320 que establecía la mayoría de edad al cumplir los veintitrés años, y el 321, que impedía salir a la hija mayor de edad menor de veinticinco años de la casa del padre o madre en cuya compañía vivieran sin licencia de los mismos, eran evidentemente preceptos de Derecho Común, de aplicación a los vecinos de tales regiones, cualquiera que fuera el lugar o región de España en que se hallasen (args. arts. 15 y 9 C. c.).

En Cataluña y Navarra, el precepto no tenía aplicación, pues en defecto de precepto específicos en su legislación sobre la edad de la mayoría de edad, regía como primer Derecho supletorio el Romano, según el cual la mayoría de edad, se alcanzaba a los veinticinco años. Faltaba el supuesto del hecho del artículo 321 —extinción de la patria potestad sobre la hija de familia a los veintitrés años de edad—.

Por el contrario, en Vizcaya, que carecía de precepto alguno acerca de la mayoría de edad, regía el Código civil directamente, aunque el artículo 13 no lo mencionara, entre las regiones en los tal aplicación directa tenía lugar. La aplicación del artículo 321 en dicha región era indudable después de la entrada en vigor del Código civil.

Según el artículo 13, también tenía aplicación directa el Código, y consiguientemente la primitiva redacción del artículo 321 en Baleares y Aragón. En esta última región se acusó el problema planteado por la sentencia de 19 de febrero de 1901. Recordemos el párrafo 3.º del artículo 12 del Apéndice Foral de 7 de diciembre de 1925, valiosa interpretación auténtica del antiguo artículo 321.

Tal era el estado de la cuestión al tiempo de rebajarse la mayoría de edad por ley de 13 de diciembre de 1943. El artículo 1.º de dicha ley dispuso que “a los efectos civiles la mayoría de edad, empieza, para los españoles, a los veintiún años cumplidos”. La aplicación de dicho precepto a todas las regiones forales —con excepción de Aragón, por obra del artículo 3.º de la misma ley— era incontestable. Las palabras del legislador y la consideración de que las leyes generales que modifican el Código civil se aplican a toda la nación, sin distinción de regiones, creaban la posibilidad de aplicación del artículo 321 a Cataluña y Navarra, donde antes era imposible.

La nueva redacción dada al artículo 321 por ley de 20 de diciembre de 1952, se aplica a toda España, con excepción de Aragón, por estar subsistente el artículo 12, párrafo 3.º del Apéndice Foral. Pero en las demás regiones, el nuevo artículo sustituye a un precepto que ya tenía aplicación en todas ellas, ya como Derecho directamente aplicable (Baleares y Vizcaya) o como supletorio (Navarra y Cataluña). Por otra parte, como precepto posterior al Código podría entenderse de aplicación general a toda España, ya que obedecía al designio del legislador de reglar de un modo uniforme las relaciones paternofiliales de la familia española en una cuestión que afectaba por igual a todas las regiones.

Que el legislador entendía regular las relaciones entre padre e hija de familia menores de veinticinco años en todas las regiones lo prueba la ley que reorganiza el Patronato de Protección a la Mujer, que obviamente tiene carácter general por pretender —con un criterio discutible que antes examiné— proteger a la mujer en toda la extensión del territorio patrio. Sería condenar a la ineficacia esta ley, discriminar las mujeres sujetas a su protección según su estatuto regional, muchas veces confuso para el intérprete.

La Compilación de Derecho Civil especial de Aragón en 1967

derogó tácitamente la regla del Apéndice al no recoger la especialidad del párrafo 3.º del artículo 12 en ningún precepto del mismo.

La Compilación juzgó que la redacción del artículo 321 por ley de 20 de diciembre de 1952 recogía en su esencia —y aun ampliaba— el espíritu del precepto foral, que resultaba superado por aquella. En efecto, el “*numerus apertus*” de la “*causa justa*” de la separación permitía la salida sin licencia de los padres por motivos laborales, de estudios u otros, lo que no admitía el Apéndice, evidentemente dictado en un contexto socioeconómico en que no se pensaba en la promoción femenina —siquiera la modesta promoción femenina de los primeros años cincuenta—. Creo que fue una mejora de la condición civil de la mujer aragonesa la derogación tácita del precepto del Apéndice Foral.

Con las consideraciones que he hecho, creo queda claro que la derogación del artículo 321 alcanza a todas las regiones españolas, de Derecho común o de Derecho civil especial. Tal derogación no entraña un atentado a la peculiar legislación familiar de estas últimas, pues el precepto fue insólito en las regiones de Derecho Foral, y en nada afecta a la estructura de la familia foral, que, por otra parte, en estos años de uniformidad social creciente difícilmente puede considerarse desemejante de la familia de las regiones de Derecho común.

VIDA JURIDICA

I NOTICIAS

1. Conferencias de don Manuel de la Cámara en Hispanoamérica

El colaborador del Anuario de Derecho Civil don Manuel de la Cámara Alvarez, Notario de Madrid, ha pronunciado durante el mes de noviembre de 1972 sendas conferencias sobre Derecho Notarial, Derecho Mercantil y Propiedad Horizontal en la República Dominicana, Nicaragua, Guatemala y México. Los temas de las conferencias de Derecho Notarial versaron sobre la naturaleza de la función notarial, la que desarrolló sobre Propiedad Horizontal tuvo por objeto establecer una comparación entre el régimen jurídico de institución en Derecho español y en determinados países hispanoamericanos y finalmente la conferencia de Derecho Mercantil estudió la empresa individual de responsabilidad limitada y la Sociedad de un solo socio.

Le ha sido concedido el Premio «75 Aniversario de la Revista argentina del Notariado», instituido por el Consejo federal del Notariado argentino para premiar el mejor trabajo de índole jurídico notarial que presentaran al concurso tanto juristas argentinos como extranjeros. El trabajo premiado se titula: «El Notario latino y su función».

R.

2. Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario

Durante los días 5 a 9 de noviembre de 1972 y organizadas por los Profesores Serrano y Serrano y De los Mozos, han tenido lugar unas Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario, en el marco, por una parte, tan adecuado y por otra, tan austeramente clásico de las Universidades Salmanticense y Vallisoletana. Por el lado italiano han acudido los Catedráticos de Derecho Agrario, Profesores Carrozza y Romagnoli, de las Universidades de Pisa y Firenze, acompañados de un nutrido grupo de juristas especializados en la materia. Por el lado español participaron en las Jornadas los Profesores Serrano y Serrano, Hernández Gil, Martín Ballesteros, Espín Cánovas, Lacruz Berdejo, Gitrama González, Beltrán de Heredia y Onís, De los Mozos, García Cantero, Luna Serrano y Sanz Jarque, junto a un nutrido grupo de profesionales del Derecho y de estudiosos del Derecho Agrario. La sesión de apertura de las Jornadas se celebró en Salamanca bajo la presidencia del Vicerrector Profesor Beltrán de Heredia y Onís, clausurándose en Valladolid bajo la presidencia del Rector Profesor Del Sol.

Fueron dos los temas o ponencias generales de las Jornadas: «El régimen de comarcas y fincas mejorables. Estudio de la Ley de 21 de julio de 1971» (denominado tema A), que estuvo a cargo del Profesor Serrano y Serrano; y «La nozione di agrarietà: Fondamento ed estensione» (denominado tema B), desarrollado por el Profesor Carrozza. Del interés suscitado por los mismos dará idea el hecho de que se leyeron casi medio centenar de comunicaciones a ambos temas.

El Profesor Serrano y Serrano en su exposición comenzó observando que la Ley de 1971 durante el primer año de vigencia sólo había encontrado aplicación en dos comarcas, en las que, por decreto, se había ordenado la realización de los estudios pertinentes. Se refirió a los antecedentes de la Ley constituidos por las Leyes de 3 de diciembre de 1953 y 27 de julio de 1968. Trató de delimitar los conceptos de comarca y suelo rústico (que puso en relación con la Ley del Suelo). Destacó que mientras la Ley de Ordenación Rural se ha demostrado escasamente eficaz por su carácter meramente indicativo para el sector privado, la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables se impone imperativamente para los particulares, si bien de modo gradual en virtud de actos administrativos. Consideró que el artículo 2.º de la misma, definidor de la función social de la propiedad de las fincas rústicas, tenía un alcance general y por ello se dota a la propiedad de la tierra de obligaciones de signo positivo. Estima que el concepto de mejora manejado por la Ley es el mismo que el del Código civil. Analiza detenidamente la legitimación para presentar planes individuales de mejora. A su juicio, el legislador no ha acertado en la regulación de las relaciones entre el Registro de la Propiedad y el Catálogo de Fincas Rústicas de mejora obligatoria. El Profesor Serrano se ocupó, por último, del arrendamiento forzoso con obligación de mejorar, y de los contratos administrativos de realización de mejora.

El tema A fue el que suscitó mayor número de comunicaciones, las cuales, a efectos expositivos, podemos clasificar como sigue:

A) Comunicaciones de carácter general:

1. Juan José SANZ JARQUE: «Fundamentación sociológica de la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables».
2. Manuel PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS: «Juicio sobre la Ley especial de Comarcas y Fincas Mejorables. Su alcance respecto a los titulares de los diversos derechos».
3. Eugenio LLAMAS VALBUENA: «Los arrendamientos rústicos en relación con la Ley sobre el régimen de Comarcas y Fincas Mejorables».
4. Teresa PUENTE MUÑOZ: «Algunos aspectos jurídicos de la Ley de Fincas y Comarcas Mejorables».
5. Marcelino GAVILAN ESTELAT: «Reforma Agraria y Régimen de Comarcas y Fincas Mejorables».
6. Segundo VELASCO FERNANDEZ: «Trascendencia del artículo 2.º de la Ley respecto a la función social de la propiedad».
7. Manuel GITRAMA GONZALEZ: «Algunos aspectos de la Ley española sobre régimen de Comarcas y Fincas Mejorables en relación con el derecho italiano».
8. Emilio PLANCHUELO ARIAS: «La aplicabilidad en Galicia de la Ley sobre Comarcas y Fincas Mejorables, con especial referencia a la legislación de Montes Vecinales y al I.R.Y.D.A.».
9. José Luis FERNANDEZ ORTIZ: «Aspectos de las fincas mejorables en la Galicia del N.E. y el abuso del derecho de propiedad».

B) Comunicaciones sobre aspectos concretos de la Ley:

1. Orencio V. TORRALVA SORIANO: «El arrendamiento forzoso de las fincas rústicas de mejora obligatoria».
2. María José HERRERO GARCIA, María del Carmen GOMEZ LAPLAZA, Fidel BORREGO BELLIDO: «El uso y costumbre del buen labrador como standard que excluye el concepto de finca mejorable. Artículo 7.º, 2.º de la Ley de Fincas y Comarcas Mejorables de 21 de julio de 1971».
3. José M.ª LEON GONZALEZ: «La obligación de mejorar y sus repercusiones en el derecho de propiedad».
4. Rubén DE MARINO: «El arrendamiento forzoso en la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables».
5. Teodora F. TORRES: «Contratación entre la Administración y el particular».

C) Comunicaciones sobre aspectos registrales de la Ley.

1. Angel LUCINI CASALES: «Aspectos registrales de la nueva Ley española sobre Comarcas y Fincas Mejorables».
2. José Javier CUEVAS CASTAÑO: «El artículo 18 de la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables».

D) Comunicaciones sobre aspectos procesales.

1. Antonio AGUNDEZ FERNANDEZ: «Aspectos procesales de la Ley sobre Comarcas y Fincas Mejorables».

E) Comunicaciones sobre aspectos fiscales de la Ley.

1. José Luis MUÑOZ: «Exenciones tributarias a las fincas mejorables».
2. Manuel GONZALEZ SANCHEZ: «Aspectos tributarios de la productividad agraria (Fincas Mejorables) en el derecho español».

La Ponencia general sobre el tema B, si bien inicialmente estaba centrada en torno a la didáctica y sistemática del Derecho Agrario, fue enfocada por el Profesor Carrozza sobre la noción fundamental de «agrariidad», básica para fijar el contenido del Derecho Agrario, e, incluso, su misma existencia y justificación. El ilustre agrarista italiano orientó su investigación hacia la verificación del contenido típico de la actividad definible en sentido amplio como ejercicio de la agricultura. y, de otro, a la verificación del objeto de la actividad misma, es decir, el bien implicado en la actividad. Considerada en su esencia íntima, la actividad productiva agraria consiste en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y reservas naturales, que se traduce económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinados al consumo directo como tales o bien como una previa o múltiple transformación. De estas nociones deduce el Ponente varias consecuencias: Los actos agrarios son siempre actos de cría o en función de la misma (atti di allevamento), la silvicultura es también una especie de cultivo de suelo o sea de cría de vegetales.

Al tema B se presentaron las siguientes comunicaciones:

1. Fernando SALARIS: «Per un nuovo umanesimo del diritto agrario».
2. Francesco MILANI: «La sistemática del diritto agrario comparato».
3. Paolo VITUCCI: «Osservazioni sul contenuto del diritto agrario».
4. Mariano ALONSO PEREZ: «Actitud metodológica en la sistematización del Derecho Agrario».
5. Juan José SANZ JARQUE: «Contenido, interés y enseñanza del moderno Derecho Agrario».

6. Luis MARTIN-BALLESTEROS Y HERNANDEZ: «Notas sobre algunas tendencias doctrinales acerca de la sistematización del Derecho Agrario y su enseñanza».

7. Antonio D. SOLDEVILLA: «Notas sobre la autonomía jurídica del Derecho Agrario en el sistema de enseñanza de la Universidad española».

8. Rodrigo BARAHONA ISRAEL: «Aspectos metodológicos de la propiedad agraria en el sistema del Derecho Agrario Costarricense».

9. Angel M.^a LOPEZ LOPEZ: «Enseñanza del Derecho Agrario en la Facultad de Derecho de Sevilla».

Hubo, asimismo, una Sección de temas libres en la que se presentaron las comunicaciones siguientes:

1. José Luis DE LOS MOZOS, Gabriel GARCIA CANTERO: «Limitaciones de la propiedad en la Legislación Agraria».

2. Agustín LUNA SERRANO: «Limitaciones al derecho de la propiedad para el desarrollo de la explotación agrícola y para la ordenación del territorio».

3. Enrique HERNANDEZ GAJATE: «Incidencia de la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables en la teoría general de las limitaciones del dominio».

4. Jaime MONTERO Y GARCIA DE VALDIVIA: «La colonización agraria».

5. José MARTIN BLANCO: «Notas sobre el régimen del suelo rústico en la legislación española urbanística».

6. Jesús M.^a ALVAREZ CARVALLO: «Propiedad y explotación agraria en la legislación y en la situación fáctica de España».

7. Humberto GUTIERREZ SARMIENTO: «El fundus, la unidad mínima de cultivo y la Ley de Fincas y Comarcas Mejorables».
8. Jerónimo LOPEZ PEREZ: «Agrupación de propietarios para acotar».
9. Gabriel GARCIA CANTERO: «Notas sobre la Ley de caza de 4 de abril de 1970».
10. Aldo M.^a LUCCHINI: «L'impresa agricola nei sistemi previdenziali e tributari».
11. Marco GOLDONI: «Alcune osservazioni in tema di miglioramenti e di pianificazione».
12. María PAOLETTI MASSINI: «Problematica relativa alla rilevanza del momento reale nel rapporto giuridico derivante dell'affitto di fondo rustico».
13. Alfredo MASSART: Sulla disciplina dei miglioramenti nell'affitto agrario».

Desde una perspectiva científica, las Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario se han clausurado con un balance claramente positivo. Por parte española han estado presentes la mayoría de los estudiosos interesados por el Derecho Agrario, con amplia representación universitaria (Facultades de Derecho de Salamanca, Valladolid, Madrid, Valencia, Zaragoza, Santiago, San Sebastián, Sevilla y Oviedo); por parte italiana era posible identificar a un buen plantel de agraristas en activo. Los temas escogidos como base de las Ponencias han acreditado indudable actualidad y han servido de incitación a numerosas comunicaciones. Los aspectos sociales de las Jornadas han sido señorialmente atendidos, tanto por la Universidad de Salamanca como por la de Valladolid. Sólo resta augurar el mismo éxito a la propuesta final, aprobada en la sesión de clausura, y elevada por conducto reglamentario al Ministerio, de que se creen algunos Institutos de Derecho Agrario en las Facultades más características, los cuales puedan servir de base, en su día, a la ulterior creación de Cátedras de Derecho Agrario.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

3. Jornadas de Derecho foral

El Consejo de Estudios de Derecho Aragonés reanudó en el verano de 1971 sus tradicionales Jornadas de Estudio en Jaca, con la asistencia de juristas de otras regiones con régimen propio en materia de Derecho civil. Programadas este año en torno al problema de la regionalidad o vecindad civil, han tenido lugar, como es habitual, en la Residencia de la Universidad de Verano de Jaca, durante los días 27 al 31 de agosto.

El tema es de gran interés para los juristas de todas las regiones, incluidos los de regiones sujetas al llamado Derecho común, por lo que el número de asistentes fue elevado (alrededor de setenta), y todas las regiones contaron con representación en mayor o menor grado.

El actual presidente del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, don Miguel Sancho Izquierdo, inauguró las Jornadas en una solemne sesión de apertura, celebrada en el Salón de Actos del Ayuntamiento de Jaca, y dedicada a la memoria del recientemente fallecido don Francisco Palá Mediano, investigador fecundo del Derecho aragonés y antiguo presidente del Consejo.

La ponencia, previamente remitida a los jornalistas, había sido elaborada por don Martín Liria Lafarga, profesor ayudante de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección de don José Luis Lacruz Berdejo. Ellos fueron, pues, quienes formaron durante las sesiones de trabajo la mesa de la ponencia, contando, además, con la colaboración de don Jesús Delgado Echeverría, profesor adjunto de Derecho civil en la misma Universidad. En cuanto a la presidencia de las sesiones se acordó que rotase para que fuese ocupada sucesivamente por un representante de cada región. Se sucedieron pues en ella: don Miguel Sancho Izquierdo (Aragón), don José Luis de los Arcos (Navarra), don Luis Puig Ferriol (Cataluña), don Jesús María Álvarez Carballo (Galicia) y don Adrián Celaya Ibarra (Vizcaya).

El programa de trabajo era muy amplio. Lo que, unido al interés de los temas debatidos y a la intensa participación de todos los asistentes dio lugar a unas sesiones de contenido muy denso, en las que faltaba tiempo para examinar con detalle todas las cuestiones planteadas. Sin embargo, la temática principal fue vista y debatida ampliamente, aún a costa de prolongar las intervenciones más allá del horario previsto.

El sistema de trabajo adoptado fue sumamente elástico, lo que sin duda era adecuado al fin perseguido con las Jornadas. No se trataba de lograr acuerdos sobre la materia, por lo que no era necesario llevar la discusión de las posturas opuestas hasta el final. Ello favoreció además la existencia de un ambiente desapasionado, sin duda el más propicio para fomentar la libre exposición de ideas, sugerencias, y nuevos enfoques y concepciones. Lo acertado de este método viene avalado por la riqueza y variedad de las intervenciones que, en su día, podrá ser apreciada por los juristas no asistentes cuando se publique conjuntamente todo el contenido de las Jornadas. Tan es así que la mesa de la ponencia,

que inicialmente contestó a cada una de las observaciones que se realizaban, renunció ya en la segunda sesión a semejante propósito, ante el aluvión y la variedad de las mismas. Ejemplo que fue seguido por los periodistas que presentaron comunicaciones.

El orden de exposición seguido fue el que suministraba la propia ponencia:

- 1.º) Un capítulo de introducción, dedicado a la terminología, concepto, naturaleza jurídica, caracteres, legislación vigente y comparación con la nacionalidad.
- 2.º) La adquisición originaria de la vecindad civil por filiación.
- 3.º) La adquisición de vecindad civil por dependencia familiar.
- 4.º) La adquisición de vecindad civil mediante el ejercicio del derecho de opción.
- 5.º) La adquisición de vecindad civil por residencia
- 6.º) La adquisición de nacionalidad y vecindad civil.
- 7.º) El cambio de vecindad civil y los derechos adquiridos. La pérdida y recuperación de la vecindad civil. La vecindad foral local.
- 8.º) La prueba de la vecindad civil.

Tras el resumen de cada capítulo e intervenciones sobre el mismo, se exponían (frecuentemente resumidas también) las comunicaciones relacionadas con aquél, seguidas también de las intervenciones correspondientes. Por el orden de su exposición (aunque algunos periodistas renunciaron en su momento a la misma por haberse agotado su contenido en anteriores intervenciones), podemos enumerar las siguientes comunicaciones:

- 1.ª) *De la nacionalidad aragonesa a la regionalidad* (don Jesús Lalinde Abadía).
- 2.ª) *La vecindad civil en el Congreso Jurídico Español de 1886* (don Jesús Delgado Echeverría).
- 3.ª) *Problemas conflictuales y de vecindad especialmente en Vizcaya* (don Adrián Celaya e Ibarra).
- 4.ª) *Consideraciones sobre el Proyecto de Ley de Bases del Régimen Local* (con respecto a la regionalidad) (don José Luis de los Arcos y Elío y don Javier Nagore Yárnoz).
- 5.ª) *La vecindad o condición civil de las personas jurídicas, especialmente en el Derecho Foral de Navarra* (don Jesús Aizpún Tuero y don Javier Nagore Yarnoz). Dado su carácter complementario fue considerada como formando parte de la ponencia.
- 6.ª) *Proyección de la regionalidad en el Derecho público* (Derecho tributario). (Don José Lorente Sanz).
- 7.ª) *La adopción y vecindad en relación a los efectos que aquella produce como fuente de atribución de la patria potestad* (doña María del Carmen Gete-Alonso).
- 8.ª) *La peculiaridad del régimen navarro en relación a los derechos de los hijos de anterior matrimonio y los problemas que se suscitan acerca de la efectividad de dichos derechos* (don José Arregui Gil).

9.ª) *La costumbre contra ley en Navarra y su alcance, refrendado por la reciente jurisprudencia* (don José Arregui Gil).

10.ª) *La naturaleza de derecho familiar o sucesorio que cabe atribuir a la viudedad aragonesa, y las consecuencias que de ello se derivan en el supuesto de producirse constante matrimonio un cambio de regionalidad* (don José Camón Aznar).

11.ª) *Sobre si es necesario el "animus commorandi" para el cambio de regionalidad* (don José María Puig Salellas).

12.ª) *Sobre la computación del tiempo de residencia de los menores sujetos a la patria potestad durante su minoría, a los efectos de la vecindad civil* (doña Encarna Roca Trías y don José Manuel González Porras).

13.ª) *Sobre la regionalidad de los nacionalizados* (don José María Puig Salellas).

14.ª) *Sobre la regionalidad de los apátridas* (don Xavier O'Callaghan).

15.ª) *Extensión del derecho de viudedad* (don José Andrés García Lejarreta, don José Luis Merino y don Manuel Faus y Pujol).

16.ª) *Sobre el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial en Derecho interregional* (don José Antonio Doral y don José Javier López Jacoiste).

17.ª) *La carga de la prueba de la regionalidad* (doña Teresa Cervelló y don Xavier Andreu y Tregat).

La calidad de la ponencia —con la que don Martín Liria Lafarga se revela como una joven promesa de nuestra doctrina jurídica, tanto por la solidez de sus ideas como por la claridad de su exposición— junto con la amplitud (que me atrevería a calificar de casi exhaustiva) de lo tratado sobre el tema hacen que la publicación de ponencia, comunicaciones e intervenciones sea sumamente interesante. A ello se ha comprometido el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés y espero que este proyecto se convierta pronto en realidad. La mencionada publicación constituirá, sin duda, la obra básica y de obligada referencia para todo aquél que se desee profundizar en el tema de la regionalidad.

Pero las Jornadas no sólo fueron fecundas por su contenido estrictamente científico, sino también para aunar el sentir de los juristas de los diversos territorios con propio ordenamiento civil ante las circunstancias que actualmente les afectan. En este orden de cosas, fueron aprobadas por aclamación dos resoluciones referentes a la creación de un Instituto de Derecho Foral Comparado y a la proyectada reforma legislativa del Título preliminar del Código civil, respectivamente. Ambas fueron fruto de reuniones informales (aunque con la asistencia de un número elevado de jornalistas) celebradas después de las sesiones de trabajo.

La primera fue propuesta por don José Luis Lacruz Berdejo (introduciéndose en ella alguna modificación para recoger una enmienda presentada por don Francisco Fernández-Villavicencio y Arévalo. El texto definitivo de la resolución es el siguiente:

"Los juristas asistentes a las Jornadas de Derecho Foral de Jaca, precedentes de Aragón, Cataluña, Galicia, Navarra y Vizcaya y también de territorios del Código civil.

Comprobando la existencia de antiguas aspiraciones a la creación de un organismo dedicado al estudio, comparación y promoción de los Derechos civiles respectivos, así como a velar por lo que es interés común; aspiraciones que ultimamente estuvieron a punto de materializarse por iniciativa del Congreso Jurídico Catalán, y estimando que la creación de tal organismo es muy conveniente e incluso necesaria, y la actual existencia de estudiosos de los diversos Derechos territoriales en toda España permite llegar a ese resultado,

Acuerdan:

1.º Promover la creación del organismo referido, para lo cual una comisión compuesta por los señores Nagore y Sancho Rebullida redactará, recogiendo las aspiraciones e ideas expuestas en la reunión, un proyecto de estructura y estatutos, explicado y razonado, que cursará a las Comisiones regionales que a continuación se expresan en el plazo de diez días. Habrá, asimismo, una Comisión de los territorios de Derecho común, compuesta por juristas interesados por el Derecho foral.

2.º Las Comisiones regionales consultarán el proyecto de estatutos con los foralistas del territorio y, en su caso, instituciones que consideren oportuno, enviando en plazo inferior a un mes las propuestas de enmienda a los ponentes y las otras Comisiones.

3.º Hecho esto, antes de 31 de octubre, las Comisiones se reunirán todas, a iniciativa de los ponentes y en el lugar que acuerden, para redactar el proyecto definitivo de estatutos, continuando luego la promoción del organismo en la forma definitiva que se haya acordado, hasta quedar constituido o fundado, a ser posible para comenzar su funcionamiento el 1.º de enero de 1973.

4.º Quedan compuestas las Comisiones del modo siguiente:

ARAGON: Sres. Martín Ballesteros y Lacruz Berdejo.

CATALUÑA: Sres. Puig Ferriol y Guardia Canela.

GALICIA: Sres. Iglesias Corral y Alvarez Carballo.

NAVARRA: Sres. ponentes.

VIZCAYA: Sres. Celaya y Lezón.

DERECHO COMUN: Se apuntaron los nombres del señor García Cantero y del señor Vallet de Goytisolo (este segundo no asistente a las Jornadas)".

La segunda fue el resultado de la unificación de dos propuestas. Una presentada por don José Lorente Sanz; y la otra por don José Luis Lacruz Berdejo y don José B. Guardia Canela. El texto definitivo de la resolución es el siguientes:

"Los asistentes a las Jornadas de Derecho Foral, celebradas en Jaca los días 27 a 31 de agosto de 1972, al estudiar la ponencia "La regionalidad o vecindad civil" han coincidido en una común y general preocupación por el proyecto de Ley de Bases de Reforma del título preliminar del Código civil.

Advierten los reunidos la trascendencia suma de la materia regulada en ese título preliminar, que comprende las bases constitucionales de nuestro

Derecho privado: sus fuentes, ámbito, aplicación y ejercicio; y algunos de cuyos preceptos definen además, expresamente, el ser y situación de nuestros Derechos forales.

No consideran adecuado el sistema previsto de aprobación legal de unas bases imprecisas y de posterior desarrollo de las mismas por Decreto. Estiman, por el contrario, indispensable un procedimiento que lleve consigo el conocimiento previo y un amplio debate sobre el concreto texto articulado. En la preparación de un proyecto de Ley así concebido, hasta su presentación en las Cortes, habrían de participar los organismos representativos de los territorios de Derecho civil propio. Y en la fase de dictamen o de redacción del proyecto por la Comisión General de Codificación se reputa imprescindible que, tanto para la Sección Especial de dicha Comisión General como para su Pleno, se cite a los Vocales foralistas de los diversos territorios.

Por ello acuerdan:

- 1.º Manifestar su criterio, igual al ya manifestado por varios señores procuradores y por algunos órganos de opinión, según el cual es procedente que el actual Proyecto de Ley en estudio sea retirado de las Cortes.
- 2.º Y hacer llegar respetuosamente al Gobierno este acuerdo, elevando a aquél, por conducto del excelentísimo Ministro de Justicia, la correspondiente exposición".

Después de lo expuesto, parece obligado felicitar al Consejo de Estudios de Derecho Aragonés y, en especial, a ese equipo de colaboradores con que cuenta, cuya labor cotidiana y constante hizo posible la buena marcha y el éxito de las Jornadas. Constituyen éstas un ejemplo vivo del valor que pueden tener las reuniones de juristas, tanto a nivel doctrinal como humano, cuando responden a problemas de verdadero interés y cuando al entusiasmo se une la alta calidad científica de sus organizadores.

RODRIGO BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO

II. NOTAS CRITICAS

La disminución de la garantía hipotecaria (1)

La personalidad científica de Angel Cristóbal Montes es de sobra conocida y estimada, y nunca mejor dicho, a ambos lados del Atlántico, entre los juristas americanos y los juristas españoles, pues desde hace siete u ocho años nos tiene acostumbrados a la publicación de un nuevo libro cada año sobre los temas más diversos e interesantes, con lo que ha ganado justamente una merecida fama, como romanista y como civilista, acreditando una sólida preparación y una vocación poco común a la investigación del Derecho.

Después de esa brillante trayectoria sus obras no necesitan de presentación alguna, porque se avalan por sí mismas y por el propio prestigio de su autor, por eso es para mí un verdadero honor el hacer figurar estas líneas en el frontispicio de esta nueva monografía del profesor Cristóbal Montes, a manera de prólogo, y con ello me siento muy honrado y satisfecho y si me he prestado a hacerlo es porque quiero corresponder y, más que nada, hacer pública esa corriente de simpatía que a veces se establece entre los cultivadores de una misma disciplina y que, entre nosotros, existe desde hace varios años.

Además, el autor es un típico español americano, que comenzó su formación en España, en la Universidad de Zaragoza (como discípulo de ese gran maestro y entrañable amigo común que es José Luis Lacruz) y la ha completado en América, desarrollando allí lo mejor de su obra, como docente y como investigador, siendo, sobre todo, un estudioso infatigable y un conocedor profundo del Derecho civil venezolano. Conocí personalmente a Angel Cristóbal Montes, hace dos años, en una de mis reiteradas visitas a Zaragoza, donde con la inevitable nostalgia de América él contribuyó, también, a hacer más grata, si cabe, la noble y cordial hospitalidad aragonesa. Hace unos meses volvimos a encontrarnos en Caracas, donde con la nostalgia de España, fue para mí menos extraño encontrarme allí, por vez primera, como profesor de la Facultad Internacional de Derecho Comparado de Estrasburgo. Pero para un jurista venezolano, esto es mucho menos extraño que para un jurista español, por mucho que entre nosotros se utilice, adecuadamente, el método del Derecho Comparado con mucha más extensión y profundidad que en otros países europeos, y, seguramente, este factor ha influido notablemente en la formación del profesor Cristóbal Montes, ya que si tenemos en cuenta que su tarea como jurista la ha desarrollado, fundamentalmente, en Venezuela, entonces, las posibilidades de lograr la madurez que ha alcanzado en sus trabajos son mucho mayores, pues el Derecho civil

(1) ANGEL CRISTÓBAL MONTES: *La disminución de la garantía hipotecaria*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1972, 150 págs.

venezolano, en muchas materias, se ofrece al jurista con una permeabilidad extraordinaria, presentando a la elaboración científica la misma labilidad que, en otro tiempo, presentaban los Derechos nacionales al Derecho común, tanto porque su sistema no aparece tan cerrado sobre sus propios principios como en los Derechos europeos, como por el hecho de ser un Derecho joven, que en sus *presupuestos ideales* no reconoce otro pasado que el inmediato a la Liberación y de la Independencia y, por ello, se halla en plena recepción frente al Derecho europeo. es decir, en pleno proceso de científicación. Buen momento para que un jurista de cuerpo entero, como el autor de este libro, pueda lucir su preparación y sus habilidades.

Lo importante es que Angel Cristóbal Montes ha alcanzado en el juego acertado de esas posibilidades, sin prejuicios dogmáticos, una indiscutible madurez, como ya ha acreditado anteriormente y como lo muestra, una vez más, en el libro que el lector tiene en sus manos, sobre *La disminución de la garantía hipotecaria*, donde desarrolla sus dotes de jurista nato, sabiendo elegir entre los diversos argumentos ofrecidos por los distintos sistemas jurídicos europeos, que conoce a la perfección, o rechazarlos, para de ese modo no sólo integrar la insuficiencia regulativa que ofrece en la materia el ordenamiento jurídico venezolano, sino llegando a elaborar la propia configuración institucional por medio de una construcción original y fundamentalmente (pues no basta que una teoría jurídica sea brillante) coherente con la *lógica interna* de la cuestión estudiada, aprovechando las posibilidades de desarrollo que ofrecen sus propias líneas institucionales, que es donde se ve la verdadera labor constructiva de un jurista, su sentido de la propia e ineludible *civilis ratio*.

El planteamiento del tema arranca de la relación entre los artículos 1.215 y 1.894 del Código civil venezolano, en el análisis de si se trata de normas que responden a un fundamento distinto (reacción contra los *actos propios* del deudor, en el caso del artículo 1.215 que influyen en la efectividad del crédito, y remedio contra el deterioro de la cosa hipotecada, aun por *hecho fortuito*, en el caso del artículo 1.894), decidiéndose por la existencia de una *ratio* equivalente en ambas normas, a pesar del tenor literal del artículo 1.215, ya que, en uno u otro caso, lo importante es la disminución de la efectividad del derecho (crédito en general o hipoteca), con independencia del comportamiento del deudor, aunque en el supuesto del artículo 1.894, la "especialidad" viene dada por la naturaleza real del derecho de garantía.

Sentada esta doctrina que viene a suponer una "objetivación" del planteamiento, por encima de la instrumentación técnica de las relaciones jurídicas, se centra el mismo en el juego de intereses que preside todo el Derecho contractual, pasando a estudiar después, minuciosamente, las condiciones para que tenga lugar el suplemento de hipoteca, a saber, el pericimimiento o deterioro del bien hipotecado de una parte y la insuficiencia de la garantía hipotecaria de otra. En cuanto al primer aspecto, destaca el examen de las diversas clases de pericimimiento o deterioro el problema de la limitación que entraña para el propietario el contenido del derecho de hipoteca, la repercusión que tiene en la garantía hipotecaria la disminución del valor de la cosa hipotecada, tanto por la fuerza de la naturaleza del derecho como por el valor configurante de la voluntad de las partes (*lex contractus*), punto de vista que, según el autor, no debe menos-

preciarse y que repercute en la valoración de la responsabilidad que afecta al tercer adquirente de la finca hipotecada y en el juego de las acciones reales y personales que protegen la integridad del derecho de hipoteca. En cuanto al segundo, cobra un interés extraordinario para el estudio del tema, en el Derecho venezolano, el significado que ha de otorgarse a la insuficiencia de la garantía hipotecaria, ya que del mismo depende la *naturaleza de la acción* que ha de concederse al acreedor hipotecario, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.894 del Código civil de Venezuela y que se considera de naturaleza "reparatoria", no "conservativa", como en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria española, lo que es debido seguramente no sólo a las diferencias de sistema existentes entre ambos ordenamientos, sino también a una constante muy patente en las tendencias de la política legislativa, en el Derecho español moderno, en torno al derecho de hipoteca que posiblemente, por razones de oportunidad, han ido más allá de lo que hubiera requerido el desarrollo dogmático de la institución.

Por último, se plantea el autor el estudio del suplemento de hipoteca y el del ámbito de su aplicación, dada la colocación sistemática del artículo 1.894 en el ordenamiento venezolano. Pero para acometer esta parte, propiamente conclusiva de su trabajo, lo hace desde el prisma —siempre constructivo— de los *efectos de la insuficiencia de la garantía hipotecaria*, única manera de poder configurar el significado del remedio ofrecido, en tal caso, al acreedor hipotecario. Desarrollando a propósito de ello una doctrina realmente sugestiva, al plantear el tema de la relación entre *obligación y garantía* para describir el fundamento de la institución en conexión, muy ponderada, con la *naturaleza de la afección de la cosa* (y aquí vuelve a reaparecer el romanista, cuando afirma: "*una res est non tantum in solutione, verum etiam in obligatione*"). Pero no voy a seguir exponiendo, aunque sea en forma abreviada y resumida, el pensamiento del autor, pues el lector obtendrá más fruto siguiendo su propia exposición en el contenido de la presente obra.

En suma, la nueva monografía de Angel Critóbal Montes constituye una obra interesante y que, como toda aportación serenamente madurada, no sólo será utilizable para que el estudioso pueda conocer la institución en el Derecho venezolano, sino que también servirá de provechosa reflexión a los juristas de otros países, haciendo evidentes, en este caso y por razón del tema, las palabras de Roca Sastre, cuando refiriéndose al estado de nuestra doctrina en torno a la llamada, entre nosotros, *acción de devastación*, afirma que el desconocimiento del aspecto más importante de la naturaleza de la hipoteca que no alcanza a revelarse, como dice Hedemann, sino cuando llega a *hacerse efectiva* en el valor de la finca gravada, ha oscurecido el conocimiento del tema al querer desplazar hacia el Derecho procesal este juego del derecho real de hipoteca, de sustancia indiscutiblemente civil.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS
Catedrático de Derecho civil

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CRISTOBAL-MONTES, Angel: "La disminución de la garantía hipotecaria". Caracas, 1972. Publicaciones de la Facultad de Derecho. Un volumen de 145 págs.

En una época como la nuestra, donde el crédito está alcanzando un volumen cuantitativo espectacular y astronómico, y donde los débitos pecuniarios han de acudir a garantías más sólidas y reales, se hace más consciente cada día el perfeccionar los cauces adecuados e idóneos para su instrumentación jurídica. La hipoteca, en cuanto es el derecho real más firme para llevar a cabo aquel cometido de garantía, no se ve exenta de ciertos peligros y, sobre todo, de deterioro a través de ciertas disminuciones de valor por causas materiales o de manipulación y gestión que afectan al mismo inmueble objeto de garantía.

El tema, por su importancia teórica y práctica, no le ha pasado desapercibido en su mente jurídica al agudo y sagaz profesor de la Universidad venezolana doctor Cristóbal Montes, quien con su acostumbrada pericia y metodología nos lleva en su obra por un recorrido tan amplio como fundamentado, cual es el de la comparación jurídica, partiendo como base de su propio ordenamiento jurídico de Venezuela.

Precisamente, porque en el Derecho venezolano, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos civiles europeos (italiano y alemán) sólo existe una expresa protección para el acreedor hipotecario en el caso de que el daño ya se haya ocasionado y no como un derecho cautelar que pueda ser ejercitado anticipadamente por la consecuente amenaza o peligrosidad, se parte ya de una notable diferencia que caracteriza, no sólo su naturaleza «reparatoria» frente a la «conservativa» que presenta, por ejemplo, nuestro sistema hipotecario (art. 117 L. H.), sino también la de sus modalidades aplicativas y de ejecución.

El profesor CRISTOBAL-MONTES comienza con el examen interpretativo del propio articulado del Código civil (arts. 1.215 y 1.894) para concretar después el perecimiento o deterioro del bien hipotecado y sus aspectos concretos respecto a la clase de perecimiento o deterioro, la forma de uso de la cosa, la disminución del valor del bien, los sujetos afectados por dicho perecimiento o deterioro y las responsabilidades extrañas al art. 1.894 del Código civil venezolano.

La insuficiencia de la garantía hipotecaria, los efectos de tal insuficiencia y el suplemento de la hipoteca son otras tantas cuestiones abordadas con indudables matices de precisión hasta darnos el ámbito de aplicación de las normas en que se recoge.

Esta obra monográfica, sólida y sugerente, bien trabajada y con indudables aportaciones y perspectivas es una brillante contribución a los estudios hipotecarios actuales.

JOSÉ BONET CORREA

MASSART, Alfredo: "L'affitto di fondo rustico nella nuova disciplina"
(Appunti per l'interpretazione della legge 11 febbraio 1971 n. 11); Milano. Dott. A. Giuffr  Editore, 1972, 242 págs.

A los juristas españoles puede resultar fructífera la lectura de este estudio exegético de la última reforma parcial de la legislación italiana sobre arrendamientos rústicos. La Ley de 1971 modifica algunos artículos de la Ley de 12 de junio de 1962, entre los que cabe señalar con más interesantes los siguientes: el art. 1.  relativo a la necesaria fijación de la renta en dinero, los arts. 3. , 4. , 5.  y 7.  referentes a los coeficientes legales de multiplicación para la fijación de las rentas agrarias por periodos cuatrienales y por medio de comisiones técnicas. El título II de la nueva ley confiere, además, al arrendatario la facultad de iniciativa en orden a la organización y gestión exigidas por el cultivo racional del fundo; ambas partes pueden realizar mejoras que correspondan a los programas regionales de desarrollo, o, en su defecto, a las tendencias del desarrollo en la zona. La ley se concluye con un título que denomina «Normas finales» aunque su verdadera naturaleza, tal como analiza el autor, es bien diversa.

La obra tiene cuatro capítulos dedicados respectivamente a la interpretación de la nueva ley a la luz de las normas del Mercado Común en materia agraria y al significado de los debates parlamentarios, al régimen de rentas, a los poderes empresariales del arrendatario y a las mejoras, y al estudio de las inexactamente llamadas normas finales. Un extenso apéndice contiene los materiales legislativos que originaron el texto definitivo de la ley, así como una interesante sentencia de la Corte Constitucional de 14 de julio de 1972 que declara la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la nueva ley, entre los que destaca el artículo 1.  al no prever ninguna forma de revalorización periódica de la renta pactada en dinero.

El autor es Asistente del Prof. Carozza en la Universidad de Pisa y pertenece al grupo de jóvenes y prometedores agraristas italianos, siendo conocido en España por su excelente Comunicación presentada a las Jornadas Italo-españolas de Derecho Agrario *Sulla disciplina dei miglioramenti nell'affitto agrario*.

Si a los juristas españoles puede serles útil seguir de cerca la evolución de la legislación arrendaticia italiana, también para los autores italianos puede resultar fecunda la comparación con el Derecho español.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

RIVISTA DI DIRITTO AGRARIO. "Fascicolo speciale celebrativo del cinquantenario e commemorativo di GIANGASTONE BOLLA". Anno LI, fasc. 1, 1972, 881 págs. Casa editrice Dott. A. Giuffr . Milano, 1972.

La redacción del Anuario ha pensado que este fascículo de la «Rivista di Diritto Agrario» merecía ser mencionado en la sección de Bibliografía, mejor que en la de Revistas, por su contenido y extensión, también por el motivo y ocasión por el que se publica.

Solemniza el momento grato de celebrar los cincuenta años del nacimiento de la «Rivista» y, a la vez, es homenaje póstumo a la memoria del profesor Bolla. Coincidencia justa y significativa, pues Bolla fue el fundador de la «Rivista» y a

quien se debe sobre todo su continuidad, valor científico y renombre universal.

El Anuario ha manifestado su pesar por la muerte de Giangastone Bolla y su admiración por la obra del maestro; la ágil pluma de Alberto Ballarín ha sabido decirnos con emoción cálida su personal sentimiento de fervorosa amistad por el amigo fallecido y también el dolor de los agraristas españoles, de la redacción del Anuario y de todos los juristas de España que conocieron su persona y su obra (A. D. C. XXV-1, 1972, p. 294).

El fascículo especial del que se da aquí cuenta, prueba mejor que las más elocuentes frases lo sólido de la obra de Bolla. El elenco de los trabajos publicados revela lo extenso e intenso de su influjo en Italia y fuera de ella.

Comienza el libro, señalando su propósito de conmemorar el cincuentenario de la Revista (1922-1972), con una colección de estudios dedicada a honrar la continuidad científica de su fundador y director; después de su muerte se le convierte en homenaje agradecido y reverente a su memoria. Sigue un trabajo del profesor Romagnoli, titulado «Giangastone Bolla, la sua opera, la sua rivista», en el que dibuja elegantemente la personalidad plena de humanidad, la actividad infatigable en pro del Derecho agrario y la producción científica de Bolla.

Los estudios recogidos, en su mayoría, son relativos al Derecho agrario. Muy numerosos los de los autores italianos: Grossi, Bassanelli, Carrozza, Casadei, Costato, Galloni, Germano, Giannattasio, Irti, Lazzara, Longo, Mancini, Milani, Moschella, Nardi, Papi, Parlagreco, Pera, Piras y Salaris, Rechi, Sorbi, Vedovato y Ventura.

De la colaboración extranjera, la española es la más numerosa, con los importantes estudios de Ballarín, de los Mozos, Luna Serrano y Martín-Ballesteros. Hubiera sido seguramente más extensa de haber conocido otros especialistas españoles el propósito de publicar este fascículo en memoria de Bolla.

Se publican también los trabajos de Casanova (de Venezuela), Gelsi Vidart (de Montevideo), Kroeschell (de Alemania), Oliveira Ascensao (Portugal), Megret (Francia), Rebroy y Kokavec (Checoslovaquia), Stelmachowski (Polonia).

Además, sobre temas generales, interesantes en sí mismos, pero extraños al Derecho agrario, se han recogido las contribuciones al homenaje de Giorgianni, Levi (de Israel), Provinciali y Vitucci.

La publicación de la que damos noticia parece buena prueba del éxito del profesor Bolla al institucionalizar su obra; ahora puesta en manos de discípulos fieles y valiosos. Su recuerdo y su ejemplo seguirá vivo. No se olvidará su generosidad personal y científica, aquel su entusiasmo y su facultad maravillosa de comunicar, de imponer su entusiasmo por el Derecho agrario. No sé cuántos, pero fueron muchas, las vocaciones agraristas que despertara y los estudios sobre Derecho agrario que fueron escritos a su instancia o por su casi magnético poder de sugestión. Creo no exagerar diciendo que el Derecho agrario debe a Giangastone Bolla, en gran parte al menos, su actual relieve e importancia científica.

SUAREZ (Francisco): "De Legibus". II (I,9-20) De legis obligatione. Edición crítica bilingüe preparada por L. Pereña, P. Suñer, V. Abril, C. Villanueva y E. Elorduy. Cospus Hispanorum de Pace, Volumen XII. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1972. 366 págs.

Se ha publicado la segunda parte del libro primero del «Tractatus de legibus ac Deo legistatore» y que comprende los capítulos IX al XX. Este volumen tiene las mismas características que el anterior. Se trata de una edición crítica realizada con el cuidado propio de una labor investigadora seria. Para ello se ha utilizado la edición príncipe de Coimbra (1612), pero contrastada con las ediciones de París y de Amberes de 1613 y, especialmente los manuscritos de Coimbra y de Lisboa. A pie de página se recogen las variantes. Especialmente es de agradecer la labor paciente y cuidada respecto a las citas del texto de Suárez; no sólo evita al lector la dificultad de traducirlas para su contraste, sino que se transcribe su contenido, facilitando así extraordinariamente el estudio de las cuestiones. Es una tarea de erudición admirable y una ayuda impagable para el lector.

Parece superfluo destacar la importancia del contenido de la obra reseñada: bastará decir que se trata de un estudio sobre la ley debido a la pluma de un teólogo y filósofo de la talla de Francisco Suárez. Se ocupa de los requisitos de la ley, en especial del de la promulgación, de su definición y efectos, y termina con el estudio de la mutabilidad de las leyes.

En apéndice se recogen las lecturas inéditas sobre las leyes («de legibus») de Francisco Suárez (1582), Luis de Molina (1586), Gabriel Vázquez (1596), Francisco Rodríguez (1596) y Francisco Díaz (1595).

R.

JURISPRUDENCIA

4. SENTENCIAS COMENTADAS

1. Formas y clases de matrimonio en el Derecho español.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967)

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. La reforma de 24 de abril de 1958.—III. Alcance de la reforma.—IV. Problemas que plantea.—V. Precisiones previas: a) Competencia eclesiástica en materia matrimonial. b) Pronunciamientos eclesiásticos sobre vínculos civiles.—VI. Cuestiones relacionadas con la Sentencia de 27 de mayo de 1967: a) Posible carácter canónico del matrimonio. b) Tesis de la separabilidad. c) La nulidad del matrimonio civil por catolicidad de uno de los contrayentes. d) La cesación del impedimento de disparidad de cultos.—VII. Consecuencias prácticas: ambivalencia civil-canónica de estos matrimonios.—VIII. Criterio que se propone: el Registro Civil.—IX. Carácter de la inscripción del artículo 263 del Reglamento del Registro Civil.

I. PLANTEAMIENTO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967, al resolver el caso a que da lugar la misma plantea por primera vez un acuciente problema. La erección en problema vivo de una hipótesis ya formulada con serena previsión tanto legislativa como doctrinalmente presenta a la consideración del jurista una serie de cuestiones que escapan al carácter necesariamente general de aquélla.

El supuesto de hecho es el siguiente. Contraído matrimonio en Moscú con una rusa acatólica no bautizada, el marido católico solicita ahora ante los Tribunales eclesiásticos la nulidad del mismo. Obtenido de esta jurisdicción el oportuno decreto de nulidad por existencia del impedimento de disparidad de cultos no dispensado, se presenta ante las autoridades civiles para urgir la ejecutoriedad del fallo. La esposa se opone a la demanda, solicitando se declare no haber lugar a la ejecutoriedad.

Por el juzgado se dictó auto declarando no haber lugar a ordenar la ejecución del Decreto eclesiástico. Interpuesto recurso de reposición, el Juez lo desestima, por lo que se recurre en apelación ante la Audiencia Territorial, que confirma el anterior fallo. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por infracción de ley y el Tribunal Supremo casa la sentencia y ordena la ejecutoriedad del Decreto eclesiástico. Las razones en que se basa este fallo del alto organismo son las siguientes:

“Que decretado por la jurisdicción eclesiástica que el matrimonio civil celebrado entre los hoy litigantes e inscrito como tal en el Registro Civil, es ver-

dadero matrimonio ante la Iglesia Católica, pero afectado del impedimento dirimente de disparidad de cultos, e instada su ejecución ante la jurisdicción civil fue denegada por el juzgador "a quo", por cuanto se trata de un matrimonio civil sobre el que carece de competencia el Tribunal Eclesiástico, y contra esta denegación se interpone el presente recurso, que en su único motivo, basado en el artículo 1.965 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación de los artículos que cita del Concordato del Código de Derecho canónico y del civil, al dictarse una resolución contraria con lo ejecutoriado".

"Que al adaptarse al Concordato de 1953 los preceptos del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, y modificarse, entre otros de dicho cuerpo legal, el artículo 80, éste, en su nueva redacción, atribuye a la jurisdicción eclesiástica competencia exclusiva para conocer de las causas matrimoniales, por lo que siempre que un matrimonio merezca la calificación de canónico, según el Derecho de la Iglesia, será competente la jurisdicción eclesiástica para conocer las causas que puedan dimanar de él, competencia que sólo puede discutirse mediante la interposición del recurso de fuerza en conocer, que pudo formularse y no se utilizó, y como los Tribunales civiles no pueden enjuiciar la actividad de los eclesiásticos, ni menos decidir sobre los defectos, cualesquiera que sean, atribuidos al juicio canónico, es claro que al negar la ejecución amparado en una supuesta incompetencia no planteada en forma legal, es un procedimiento irregular que no puede ampararse, y por ello, al no poder desconocer la eficacia de la resolución canónica, se han cometido las infracciones que este motivo denuncia, lo que impone su estimación, con los pronunciamientos del artículo 1.745 de la Ley Procesal".

Claramente puede deducirse de la lectura de esta sentencia que todo el conflicto gira en torno a la calificación como canónico o civil que se da al matrimonio ocasión del litigio. De una forma chocante se observa cómo el Juez de 1.ª Instancia y la Audiencia Territorial, por un lado, y el Tribunal Supremo, por otro, discrepan en los criterios aplicados a una cuestión hasta entonces poco problemática: la naturaleza canónica o civil de una determinada celebración matrimonial.

Parece ser que estamos ante un supuesto de matrimonio canónico en forma civil (1). Esta es la opinión de Portero (2) y de Lalaguna (3). Nos ocuparemos en este trabajo de este supuesto matrimonial y de los problemas que plantea e indirectamente todo ello nos llevará a una valoración de esta Sentencia del Tribunal Supremo y de las directrices en ella expuestas.

II. LA REFORMA DE 24 DE ABRIL DE 1958

Es sabido que una de las innovaciones más importantes introducidas por la Ley de 24 de abril de 1958 fue la sustitución del término formas de matrimonio

(1) Denominación introducida por FUENMAYOR., *El sistema matrimonial español. (Comentario al art. 42 del Código civil)*. Madrid, 1959, cuyo sentido expondremos a continuación.

(2) PORTERO, *Jurisprudencia estatal en materia eclesiástica*. Madrid, 1968, página 66.

(3) LALAGUNA, *Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español*. R. D. F. 1972, pág. 497.

por clases en el artículo 42 del Código civil. Se pretende así adoptar una perspectiva más profunda a la hora de diversificar ambos regímenes matrimoniales. Se supera, luego veremos en qué medida, el criterio formalista por uno más sustantivo, auténtico. Se trata así de armonizar mejor la legislación civil con el Derecho canónico, cumpliendo uno de los desiderata del Pacto Concordatario de 1953, y mostrar de una forma patente la distinta entraña de las dos clases de matrimonio reconocidas por el ordenamiento civil. Y en consecuencia, se quiere delimitar de forma genuina los ámbitos de competencia y de Derecho aplicable a ambas hipótesis.

Frente a un planteamiento formalista simple pero práctico (celebración canónica-celebración civil), se busca un planteamiento más auténtico pero más complejo porque de una manera inevitable al escindir el tratamiento de la forma, traerá como consecuencia una problematización de las cuestiones de competencia y Derecho aplicable.

La escisión negocio-forma, sin embargo, es relativa (4). El matrimonio civil sigue siendo una celebración civil y no puede ser de otra forma, ya que el matrimonio como institución secular es y seguirá siendo un negocio solemne, o sea, aquel en el que el elemento forma tiene carácter esencial: una determinada celebración de la que se siguen unos efectos típicos.

Como muy bien señala Lalaguna (5), son tres, pues, las situaciones en las que puede encontrarse una relación jurídico matrimonial: civil, canónica y la que aquí nos ocupa, matrimonio canónico en forma civil, que es el supuesto que justifica la pretensión de escindir negocio y forma, ya que son estos supuestos excepcionales los únicos en los que se cumple dicha hipótesis. El matrimonio civil sigue siendo no sólo formal, sino inseparable de la forma civil; y el matrimonio canónico sigue exigiendo con carácter esencial una forma determinada. Ocurre que esta forma conoce a su vez dos posibilidades: la forma ordinaria y todas aquellas otras hipótesis en las cuales el ordenamiento canónico reconoce la celebración del matrimonio-sacramento fuera de la forma ordinaria. Hay que señalar así que lo que ha hecho la reforma de 1958 en este punto es acomodarse al Derecho canónico, en definitiva y muy en particular, a su doctrina sobre la forma, y, por último, que los criterios de la Iglesia en este punto no responden o no tienen por qué responder a necesidades de orden técnico-jurídico, sino a otros más conectados con su fin específico (la "salus animarum") que a criterios de organización en aras del bien común que siempre traen como consecuencia unos planteamientos menos "puros", pero más ajustados a necesidades, como la de la seguridad, y por tanto, estableciendo criterios más prácticos, aunque también aparentemente más simples.

Conviene también señalar que el criterio formalista, a través de la imposición de una forma, fue iniciativa de la Iglesia para de este modo recabar para sí

(4) LALAGUNA. "El matrimonio como acto jurídico formal", en *Estudios de Derecho Matrimonial*. Madrid, 1962 págs. 231-59.

Para el matrimonio canónico, vid. REINA, *Matrimonio canónico y civil de los cristianos. Presupuestos doctrinales*. R. D. P., 1969, pág. 836.

(5) LALAGUNA. *Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español*. R. D. P., 1972, pág. 497.

el conocimiento de las causas relativas a los matrimonios canónicos (6) frente a la creciente secularización de la institución matrimonial, y delimitar con precisión el alcance de ambas soberanías en juego sobre una misma realidad: el matrimonio.

III. ALCANCE DE LA REFORMA

En líneas de principio la Iglesia recaba con carácter imperativo para los bautizados la celebración canónica. Para los bautizados, sus súbditos, no hay matrimonio fuera del matrimonio canónico. Y nótese cómo esta exigencia de orden institucional se plasma en el terreno empírico en una exigencia en orden a la forma. Vemos, pues, como en principio la forma es tan inescindible del negocio en el orden canónico como en el civil y se plasma en la elevación de la misma a elemento esencial con la correlativa constitución de la falta de la misma en razón de nulidad.

La vertiente natural del matrimonio, el hecho de que responda a necesidades primarias de orden personal y social, hace que esta exigencia de orden conozca sus excepciones. En éstas se entiende que la prestación del consentimiento matrimonial concurriendo otros requisitos —no así la forma— basta para que allí se dé por celebrado el matrimonio canónico.

Se trata de casos en los que directamente sólo se dispensa de la forma ordinaria, sin una expresa mención de la celebración civil como supuesto de hecho al cual se aplica el régimen excepcional. Ha sido el posterior entendimiento canónico (7) de este precepto el que ha extendido el supuesto de hecho de la norma canónica a aquellos casos en los que el ordenamiento civil impone de un modo imperativo la forma civil, sin posibilidad de recurrir al ministro eclesiástico. Este es uno de los supuestos especialmente acogidos por el nuevo planteamiento matrimonial civil. No se trata, por tanto, de una hipótesis nueva para el Derecho canónico. Para este ordenamiento la posibilidad de que un matrimonio civil valga como válido matrimonio canónico, no es el resultado de la innovación introducida por la Ley de 24 de abril de 1958.

Sí lo es, en virtud de esta Ley, para el Derecho estatal: para la armonización civil de ambos ordenamientos. Al acomodarse a la legislación canónica, el Derecho civil remite estos matrimonios al ámbito de jurisdicción de la Iglesia. Para ello era necesario prescindir del criterio formalista anterior a la reforma de 1958, delimitador de ambas jurisdicciones. Sin embargo, como ya señalábamos antes, más que una supresión del criterio formalista, en realidad lo que se hace es acoger con mayor intensidad el matrimonio canónico. En definitiva y como conclusión de este breve análisis, podríamos establecer que la reforma llevada a cabo en 1958, más que sustituir un planteamiento formal por uno institu-

(6) REINA, Victor de, *Matrimonio canónico y civil de los cristianos*. R. D. P., 1969. pág. 851, nota (59):... "sólo a partir de la forma tridentina ad validitatem se conciertan ciertos requisitos formales —frecuencia de fedatarios eclesiásticos— en inequívoco procedimiento arbitrado por la misma Iglesia para hacer valer su exclusiva jurisdicción". Por otro lado, el autor expone cómo no es ésta la única razón o fundamento de la forma matrimonial canónica.

(7) BERNARDEZ, *Curso de Derecho matrimonial canónico*, (3.^a edición). Madrid, 1971, págs. 314-315.

cional, hace primar la naturaleza canónica del matrimonio sobre la forma del mismo. El matrimonio civil sigue inescindiblemente unido a la forma civil, y esta última ve mermada su capacidad de absorción en todos aquellos casos en los que no sea capaz de desposeer de carácter canónico al matrimonio. Por el contrario, para el matrimonio canónico y, por tanto, para la jurisdicción eclesiástica, el criterio será el de la naturaleza, "la clase", el criterio institucional aparentemente establecido para ambos regímenes. Esto, por otra parte, es lógico, ya que la hipótesis correlativa a los matrimonios canónicos en forma civil vista desde el punto de vista civil, es implantable, ya que según el ordenamiento civil el matrimonio canónico siempre más que valer como civil surte plenos efectos civiles.

IV. PROBLEMAS QUE PLANTEA

Decíamos que se ha operado un cambio en el criterio delimitador de los ámbitos de jurisdicción y Derecho aplicable. Sin embargo, así como la forma proporciona directamente un medio diversificador, no ocurre lo mismo con el término y el planteamiento que conlleva la expresión clase de matrimonio.

Parcialmente el criterio formal sigue cumpliendo su misión. Su eficacia es inversa a su escindibilidad del negocio matrimonial. Veíamos cómo el matrimonio civil es siempre aquél y sólo aquél que se ajusta a la forma civil. Por el contrario, el matrimonio canónico cabía fuera de la forma prescrita por el *Co-dex*. Pues bien, la forma matrimonial canónica nos sitúa siempre frente a un matrimonio canónico y por tanto la jurisdicción eclesiástica recaba para sí el conocimiento del mismo y le aplica su Derecho. Por el contrario, a pesar de la menor separabilidad de la forma en el matrimonio civil, ésta no siempre nos indicará la competencia y la aplicabilidad del Derecho civil. Es precisamente dentro del ámbito de la forma civil donde se dará la pugna forma-naturaleza del matrimonio, que va unida a las hipótesis de matrimonios canónicos en forma civil.

Por tanto, a pesar de la inversión de planteamiento producida por la Ley de 1958, la forma de un modo parcial sigue cumpliendo su cometido: de una manera exhaustiva, por lo que se refiere a la forma canónica; con salvedades, para la forma civil.

Estas salvedades, las menos siempre, parece que con este nuevo enfoque deben resolver los problemas de jurisdicción y Derecho aplicable a través del criterio de la *clase* de matrimonio de que se trate. En definitiva, los matrimonios canónicos en forma civil, nos plantean un problema de calificación del que nos excusaba el anterior criterio imperante de la forma. A ello parece referirse Fuenmayor cuando dice que "siempre que un matrimonio merezca la calificación de canónico, queda sometido al enjuiciamiento de la Iglesia" (8). Es la conclusión lógica del planteamiento adoptado, que se concreta en dos puntos: 1.º) lo que prima es la naturaleza de lo realizado; y 2.º) la operación de calificación ha de pasar por encima de la forma de celebración.

Del razonamiento jurisprudencial entresacamos aquella afirmación que parece ser la directriz fundamental de todo el fallo: "siempre que un matrimonio

(8) Op. cit., págs. 95-97.

merezca la calificación de canónico, según el Derecho de la Iglesia, será competente la jurisdicción eclesiástica para conocer las causas que puedan dimanar de él".

Lo primero que llama la atención es la coincidencia casi a la letra con la opinión sostenida por Fuenmayor en el citado trabajo. Únicamente encontramos como matiz digno de tener en cuenta el añadido: "según el Derecho de la Iglesia" (9). Esto, que aparentemente no supone sino un corolario lógico del planteamiento de los matrimonios canónicos en forma civil, puede, sin embargo, encubrir un entendimiento erróneo de los problemas que en ellos se plantean.

Porque ¿qué quiere significarse con la afirmación "según el Derecho de la Iglesia"? Si con ello se trata de indicar que matrimonios canónicos en forma civil son aquéllos que no obstante celebrarse civilmente son matrimonios para la Iglesia, de naturaleza canónica, y que este fenómeno sólo se da en aquellos supuestos excepcionales que el Derecho canónico admite, en este caso nada se ha añadido a los problemas aquí planteados de jurisdicción y Derecho aplicable, ni tan siquiera a la configuración conceptual de dichas hipótesis.

Si por el contrario, como parece dar a entender la Sentencia, con la expresión "según el Derecho de la Iglesia" lo que se pretende es remitir este posible conflicto de jurisdicción, en todo caso, a los órganos jurisdiccionales eclesiásticos de una forma indiscriminada, entonces no podemos menos de señalar algunos peligros de esta opinión unidos a su falta de fundamentación técnica.

Por último, tras establecer la competencia de esta forma un poco confusa, se añade jurisprudencialmente: "Competencia que sólo puede discutirse mediante la interposición del recurso de fuerza en conocer". La posibilidad de que el único medio de recabar para la jurisdicción civil el conocimiento de una causa matrimonial "conocida" por la Iglesia sea este recurso, en casos como éste en los que el conocimiento eclesiástico no se produce a través de una auténtica causa de nulidad tendente a obtener una sentencia, sino a través de un Decreto que pone fin a una regular actuación eclesiástica que no necesariamente presupone un matrimonio canónico, llama poderosamente la atención.

V. PRECISIONES PREVIAS

En todo caso, teniendo como telón de fondo estas afirmaciones jurisprudenciales, pasemos a examinar dos cuestiones referentes la primera a los criterios con arreglo a los cuales la Iglesia estima su competencia y, en segundo lugar, si cabe o no la posibilidad de que la Iglesia se pronuncie sobre vínculos civiles, extremos ambos que nos interesa fijar para determinar hasta qué punto esa remisión a la Iglesia llevada a cabo por la doctrina y jurisprudencia es o no correcta.

a) Competencia eclesiástica en materia matrimonial.

Según la doctrina más común (10), el artículo 51 del Código civil supone una consagración positiva, una institucionalización, de las posibles fricciones en

(9) El propio FUENMAYOR hace este añadido en *El matrimonio y el Concordato español*. Madrid, 1963, pág. 117.

(10) LALAGUNA, *El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio*. "Anuario del Derecho civil". 1961. pág. 383.

tre el ordenamiento civil y el ordenamiento canónico. Parece contemplar este precepto la posibilidad real de que la alegación de la condición de bautizado hecha ante la autoridad eclesiástica conlleve un desconocimiento por parte de ésta de la realidad civil. Frente a ello se defiende el ordenamiento civil en el caso concreto del artículo 51 —matrimonio canónico posterior a un matrimonio civil— desposeyendo de efectos civiles interinamente a tal intento práctico, sin entrar —no es de su competencia— en la cuestión de la validez o nulidad del segundo matrimonio canónico.

Esto nos pone en evidencia que las fricciones entre el ordenamiento civil y el ordenamiento canónico no son unas fricciones típicas entre ordenamientos de finalidad homogénea, o sea, una aplicación de criterios distintos a supuestos idénticos, sino que el choque es más profundo, habida cuenta de que los criterios no sólo son distintos por pertenecer a ámbitos normativos diferentes, sino por responder a perspectivas de positivación diversas, en definitiva, por no coincidir en su finalidad última; pues, mientras el ordenamiento estatal se adscribe al “*bonum commune temporale*”, el canónico persigue la “*salus animarum*” (“*bonum commune spirituale*”).

Esta última finalidad es la que explica actitudes tan chocantes como el desconocimiento por el Derecho canónico del vínculo civil celebrado entre bautizados, o entre un bautizado y un no bautizado. Correlativamente a la consideración, por parte de la Iglesia, de mera relación concubinaria de dicho vínculo, quedan abiertas las puertas para el matrimonio canónico a aquellos que únicamente estaban sosteniendo una situación de hecho extramatrimonial.

Esta no sólo discrepancia, sino falta de homogeneidad de criterios, nos conduce al problema de si la Iglesia, a través de sus órganos, se plantea como cuestión previa el conocimiento de una causa matrimonial la naturaleza canónica o civil de la relación matrimonial en conflicto, y, por tanto, si sabemos a ciencia cierta lo que decimos cuando hablamos de competencia de la Iglesia para las causas matrimoniales canónicas y del Estado para las causas matrimoniales civiles.

Si a la cuestión que acabamos de enunciar se diera una respuesta negativa, los criterios jurídicos de distribución de competencia en materia matrimonial quedarían arrumbados. Porque mientras el Estado se mantendría pendiente de la clase de matrimonio en cuestión para estimar su competencia, la Iglesia, por el contrario, con tal de que uno de los contrayentes fuese bautizado, consideraría siempre la situación como canónica, o sea, como pertinente única y exclusivamente a los órganos eclesiásticos.

Si las cosas fueran así, sería relativamente difícil apreciar cuándo la Iglesia hace fuerza en conocer y cuándo, por tanto, dicho recurso sería viable, en definitiva —como apuntábamos al principio— el planteamiento un tanto simétrico del recurso combinado con la no homogeneidad de los criterios empleados por ambos ordenamientos, lo convertirían en absolutamente ineficaz. Por otro lado, la jurisdicción civil se vería constantemente burlada, ya que en fase de

JORDANO BAREA, *El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial*. “Anuario del Derecho Civil”, 1961, pág. 350.

DÍEZ PICAZO se adhiere a la opinión de estos autores, en “*Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*”, volumen II. Madrid, 1969, pág. 323.

ejecución cualquier resolución contraria a lo dispuesto por los órganos eclesiásticos, supondría un proveer en contra de lo ejecutoriado, como tipifica el artículo 1.965 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Concluyendo, tendríamos que la actitud absorbente de la Iglesia en todo lo relativo a sus miembros, fácilmente podría arrumbar o dar al traste con todo el sistema matrimonial establecido en los artículos 42 y 75 del Código civil, y que para dichos súbditos siempre estaría abierto un portillo para propósitos más o menos discutibles: fraude a la ley o resultados contrarios al orden público.

Sin embargo, no es así. Y para matizar mejor esta difícil cuestión, vamos a partir una vez más del artículo 51. El canon 1.960 del Código de Derecho canónico se expresa en los siguientes términos: "Las causas matrimoniales *entre bautizados* pertenecen por derecho propio y exclusivo al Juez Eclesiástico". Entiende la doctrina canónica que este precepto se extiende también a los matrimonios mixtos, en los que uno de los cónyuges es cristiano y el otro infiel, pues así lo exige la indivisibilidad del contrato matrimonial (canon 1.016). Una primera interpretación de este precepto nos podría llevar precisamente al temido peligro. Si a una consideración literal de la expresión *entre bautizados* le añadimos la extraña virtualidad que encierra para los órganos eclesiásticos la alegación de la condición de bautizado, tendremos que sea cual sea la clase de matrimonio en cuestión, la Iglesia hará suya la materia matrimonial en virtud de la conexión para ella ineludible derivada de la circunstancia de que uno de los cónyuges o los dos sea católico.

En esta línea de interpretación del canon, tendríamos que el miembro de la Iglesia, cualquiera que sea la clase de matrimonio que celebre, tiene las puertas abiertas ante los órganos de la misma para solicitar una resolución acerca de su situación matrimonial. Siempre puede dirigirse a ellos y solicitar una opinión fundada acerca de su vínculo, sea éste de la índole que sea. El hecho de que el matrimonio sea civil, no es obstáculo para que la Iglesia se pronuncie sobre la suerte matrimonial del súbdito suyo, ya que sabemos que respecto de dicho vínculo puede adoptar la posición más extrema: considerar como mera relación concubina y abrir las puertas al bautizado para celebrar un matrimonio en el seno de la Iglesia.

Es cierto que el artículo 51 del Código civil contempla una actitud extrema de la Iglesia respecto del matrimonio civil contraído por un súbdito suyo: desconocimiento absoluto. Pero es precisamente este radical desconocimiento el que nos sirve de contraste para observar cómo la Iglesia sí estima su competencia con criterios jurídicos estrictos. O sea, cómo únicamente conoce de los matrimonios o de las causas matrimoniales relativas a matrimonios canónicos. Efectivamente, de la afirmación "entre bautizados" del canon transcrito y de este desconocimiento radical del vínculo civil entre bautizados o entre un bautizado y un no bautizado, se deduce, conjugando ambos criterios, que siempre que los órganos eclesiásticos se pronuncian sobre un vínculo matrimonial, se trata, indiscutiblemente, de un matrimonio canónico. A pesar de que la declaración de nulidad de un matrimonio en el orden eclesiástico supone la declaración de que nunca hubo matrimonio, en puridad, para que tal declaración sea posible, tiene que haber una cierta materia matrimonial. Y el vínculo civil de un bautizado es rechazado o desconocido, pero no en esos términos, sino como algo absoluta-

mente irrelevante, incluso a efectos de declaración de nulidad. En una palabra, no supone esa cierta materia matrimonial o esa apariencia, que en virtud de la causa matrimonial concluida por sentencia se esclarece que nunca fue, sino que el desconocimiento es tan radical que no logra ni siquiera servir de fundamento real a una declaración de nulidad.

Semejante suerte del vínculo civil de un bautizado, no es obstáculo para que se plantee el problema del artículo 51. Todo lo contrario supone apurar el planteamiento hasta sus últimas consecuencias: no considerarlo como impedimento de ligamen y permitir la celebración canónica con otra persona. Mera relación concubinaria que no impide posterior matrimonio, que correlativamente no soporta una declaración sobre la misma, ya que tan sólo se trata de una ilícita situación de hecho.

Es así como el aparente peligro que nos planteaba el canon 1.960 del Código de Derecho canónico y la problemática que subyace tras el artículo 51 del Código civil, no solamente no se aunan para crear un insoluble problema de competencia en materia matrimonial, sino que, por el contrario, se complementan perfectamente para de una forma indirecta mostrar la auténtica realidad del planteamiento canónico: la autoridad eclesiástica sólo conoce de los matrimonios canónicos. Digo de forma indirecta pero esto sólo aparentemente, porque en definitiva desde un principio estaba latente la consideración general muy sabida de que para la Iglesia, entre bautizados únicamente es posible el matrimonio canónico. De todas formas, el excurso no ha sido inútil, porque nos ha permitido desgranar en toda su problemática la cuestión escuetamente aludida en dicho canon.

b) *Pronunciamientos eclesiásticos sobre vínculos civiles.*

Una vez visto el modo de proceder de los órganos jurisdiccionales eclesiásticos cuando estiman su competencia en materia matrimonial, pasemos a examinar el segundo punto anunciado: ¿Cabe que la Iglesia se pronuncie sobre los vínculos de índole civil?

Parcialmente esta pregunta queda contestada con el análisis de la competencia jurisdiccional de la Iglesia hecha en el epígrafe anterior. Aclarado el extremo de que la Iglesia sólo conoce de los matrimonios canónicos, esta cuestión aparece como supérflua. Sin embargo, conviene distinguir apurando coherentemente lo dicho antes, entre un conocimiento, mejor, un pronunciamiento directo sobre los vínculos civiles, y un pronunciamiento hecho de forma indirecta, del cual podría pretenderse extraer ciertos efectos reflejos. De ser viable esto último, de forma también indirecta, quedaría burlada la distinción jurisdiccional en materia matrimonial antes indicada.

Pues bien, hemos de advertir que si de una forma directa la Iglesia no se pronuncia nunca sobre vínculos civiles porque ante ellos no se estima competente y por tanto respeta el exclusivo conocimiento de la jurisdicción civil, de una forma indirecta sí lo hace. Señalábamos antes claramente, siguiendo la doctrina común, cómo el artículo 51 del Código civil parece prever esta hipótesis y defenderse frente a ella.

En los resultandos de la Sentencia de 29 de mayo de 1964, como parte de la

argumentación del recurrente en casación, leemos lo siguiente: “no siendo posible la celebración de un matrimonio canónico sin justificarse previamente la libertad de los contrayentes, que con respecto al recurrente declaró la autoridad eclesiástica”. Alega estas razones un sujeto casado civilmente que después contrae con tercera persona matrimonio canónico. Discutida después la validez del primer matrimonio, cree así poder demostrar su nulidad.

Nos encontramos, pues, ante el típico supuesto de pronunciamiento indirecto por parte de la Iglesia, sobre un vínculo civil. Sobre este comportamiento eclesiástico cabe preguntarse dos cosas, en primer lugar la corrección técnica con arreglo a los criterios de competencia antes examinados, y en segundo lugar la posibilidad de que dicho pronunciamiento surta efecto en el campo civil.

No puede deducirse que en estos casos la Iglesia se extralimite: actúa dentro de su ámbito, desarrollando funciones propias de su misión. A veces dichas actuaciones pueden parecer intromisiones en el orden civil; pero no lo son *porque no lo pretenden*. La Iglesia únicamente trata de actuar dentro de su ámbito con relación a la situación matrimonial de sus súbditos respecto de los cuales y con un planteamiento coherente, aunque en aparente contradicción con el ordenamiento civil, debe apreciar ciertos extremos con criterios de diversa índole a los puramente técnico-civiles. En segundo lugar, cuando la Iglesia se pronuncia sobre vínculos civiles de forma indirecta, no lo hace en una causa matrimonial, sino a través de otros cauces más propios para desarrollar una actividad puramente “interna” sin ninguna pretensión de trascendencia en el orden civil (expediente de libertad).

De ahí que en esos casos la Iglesia responda a sus súbditos de una forma totalmente regular en virtud del vínculo que une al súbdito con dicha sociedad religiosa, y nunca en virtud de esa función eficaz en el orden civil establecida en el Concordato y desarrollada en el Derecho interno del país: en el Derecho eclesiástico del Estado. En segundo lugar, no cabe hablar de fuerza en conocer, ni en el sentido de que la Iglesia conozca de un vínculo civil —ya que no hay tal conocimiento al no haber causa matrimonial—, ni en el sentido de que esos pronunciamientos supongan una intromisión únicamente controlable por medio del correspondiente recurso de fuerza en conocer, porque ni hay intromisión —la Iglesia actúa dentro de su ámbito y respecto de un súbdito en virtud exclusiva del vínculo que les une— y porque dichas resoluciones no pretenden tener más eficacia que la que tienen: ordenar la vida de los fieles en el seno de la Iglesia. Otra cosa es que la jurisdicción civil dé una eficacia que no corresponde a estos actos jurídico-eclesiásticos. Dársela y alegar una no interposición del recurso de fuerza, es desconocer la naturaleza de dichos actos y, por tanto, la inexistencia de una auténtica fuerza en conocer por parte de la Iglesia. Podría objetarse que el Concordato otorga plenos efectos civiles a toda resolución eclesiástica (11). Pero luego veremos que para que esto ocurra han de darse

(11) La Iglesia para declarar la nulidad de un matrimonio utiliza siempre un procedimiento jurisdiccional, donde hay contradicción y las suficientes garantías que proporciona el proceso. “Ciertamente los cánones 1.990-1.992 y los artículos 226-231 de la “Instrucción” de la S. C. de Sacramentos de 15 de agosto de 1936 regulan el procedimiento mediante el cual puede ser declarada la nulidad del matrimonio en determinados casos (los llamados “casos exceptuados”,

dos circunstancias: en primer lugar, que dicha resolución pretenda traspasar el ámbito puramente eclesiástico, y en segundo lugar que esto sea posible de acuerdo con el Derecho estatal.

De esta forma aludimos ya al segundo punto, cuyo tratamiento anunciamos: ¿es posible que estos pronunciamientos indirectos produzcan efectos en el campo civil? Esta cuestión queda contestada con lo dicho últimamente. De todas formas, conviene traer a colación la respuesta dada a la alegación del recurrente en casación en la Sentencia de 29 de mayo de 1964: "aun cuando ante los ojos de la Iglesia merezcan el calificativo de concubinato, no han sido desposeídos de validez jurídico-civil, en tanto no se hallasen disueltos por los Tribunales". La "ratio decidendi" de este fallo descansa en la irretroactividad de la Ley de 1938, desbloqueadora de los matrimonios contraídos durante la época republicana de acuerdo con aquella legislación. Sin embargo, no está de más recordar este criterio a la hora de valorar y dar exacta dimensión y eficacia a estos pronunciamientos de la Iglesia.

VI.—CUESTIONES RELACIONADAS CON LA SENTENCIA DE 27 DE MAYO 1967

A) *Posible carácter canónico del matrimonio*

¿Puede merecer el matrimonio, la calificación de canónico? Con independencia del problema de jurisdicción y Derecho aplicable, y siguiendo fielmente la

entre los que se encuentra el matrimonio celebrado con impedimento dirimente de disparidad de cultos; la enumeración es taxativa). Se trata de matrimonios cuya nulidad es evidente o fácilmente comprobable, para los cuales es inútil entablar el largo procedimiento normal. Ahora bien, en estos casos el ordinario actúa como juez y su decisión es una *sentencia* (art. 227, § 1, Instr.). No se trata por tanto de un procedimiento administrativo, sino de un *verdadero procedimiento jurisdiccional*, aunque con carácter excepcional o extraordinario (COM. INTEPR, Resp. de 6 de diciembre de 1943, cit., II, II: A. A. S. 1944, pág. 94). Vid *Del Giudice, Nociones de Derecho canónico*. Pamplona, 1955, págs. 309-310.

Es cierto que el artículo 82 del Código civil habla de sentencias y resoluciones firmes. Estas últimas ponen fin a un procedimiento administrativo. Entiende DE DIEGO LORA que aquí el Código civil está comprendiendo la actividad en vía administrativa para la dispensa del matrimonio rato y no consumado y para el procedimiento relativo al privilegio paulino (*Ámbito de las jurisdicciones eclesiástica y civil en el Concordato español de 1953*, en "Ius Canonicum", 1963, pág. 638). Fuera de estos casos caería por tanto la vinculación concordataria.

El canon 1.868 llama a las restantes resoluciones del juez eclesiástico que no son sentencias, *decreta* ¿Es este el caso del decreto del Juez Provisor al que el Tribunal Supremo dota de efectos civiles en la Sentencia de 27 de mayo de 1967?

Recuérdese asimismo la Resolución de la D. G. de los Registros de 21 de abril 1972: "En principio y como ha declarado la Resolución de 9 de febrero de 1972. las cuestiones de fondo relativas a la eficacia de los matrimonios a que los asientos regulables se refieren, son enteramente jurisdiccionales".

En el primer resultando de la sentencia objeto de este comentario, tras transcribir el Decreto en texto entrecomillado, al terminar éste se añade: Y se hace constar asimismo que dicho decreto quedó firme. No por eso deja de ser un decreto, y la vinculación concordataria no puede llevar más lejos de lo que va el Derecho canónico.

expresión de la Sentencia de 27 de mayo de 1967, “según el Derecho de la Iglesia”, ¿es calificable de canónico este matrimonio?

Como parece reconocerse en el artículo 263 del Reglamento del Registro Civil, un matrimonio contraído civilmente puede merecer inicialmente o de forma sobrenvenida la consideración de canónico. Inicialmente —caso que nos ocupa— “para el Derecho de la Iglesia merecen la consideración de canónico desde el momento de su celebración los siguientes matrimonios:

1.º. El contraído en forma civil por bautizados exentos de la forma sustancial canónica (Canon 1.099, p. 2).

2.º. El celebrado civilmente incluso por personas obligadas a la forma sustancial, en el supuesto excepcional que regula el canon 1.908.

En ambos casos, cuando uno de los contrayentes se ha bautizado —y es por tanto súbdito de la Iglesia— el matrimonio merece también dentro del Código civil español la consideración de matrimonio canónico, a pesar de su forma civil, siempre que exista en los contrayentes “voluntad matrimonial”, es decir, de unirse en matrimonio, aunque no tengan la intención de recibir el sacramento” (Fuenmayor) (12).

De esto se sigue, en primer lugar, que la actuación del Juez-Provisor eclesiástico no es irregular. Pero no por razones de competencia: aquí no hay una causa matrimonial finalizada con una sentencia de nulidad. No es irregular en el sentido de que si la Iglesia de un modo coherente, en virtud del vínculo que le une a un súbdito suyo y sólo en virtud de este vínculo puede conocer de la situación matrimonial del mismo y declarar que aun estando casado civilmente es libre para contraer nuevas nupcias en forma canónica, con mayor razón puede pronunciarse sobre un vínculo que según el Código de Derecho canónico es un vínculo canónico. El problema, como luego veremos, es el del valor en sede civil que cabe atribuir a este Decreto. De aquí que también no sea extraño, aunque simplemente tenga el valor de mera constatación del criterio eclesiástico, la declaración del Tribunal Supremo en el primer considerando de que “es verdadero matrimonio ante la Iglesia”.

A continuación, añade el Tribunal Supremo, siguiendo lo indicado en el Decreto del Juez Provisor, “pero afectado del impedimento dirimente de disparidad de cultos”. Es decir, que si por razones de forma el matrimonio contraído civilmente en Rusia es válido matrimonio canónico, es decir, puede valer como canónico, de otra parte y por aplicación de dicha legislación canónica, el matrimonio es nulo, y siguiendo su doctrina cabe decir que nunca hubo tal matrimonio porque el consentimiento matrimonial, suficiente por razones de forma para dar lugar a un verdadero y válido matrimonio canónico, no puede, sin embargo, superar el obstáculo que supone un impedimento dirimente, que afecta a la celebración con la nulidad, dispensable pero no dispensado.

B) *Tesis de la separabilidad*

Esto nos lleva a dos interesantes cuestiones; primera, ¿el hecho de que pudiendo valer el matrimonio como canónico, pero no siendo esto posible en virtud de un obstáculo establecido por la propia Iglesia, no así por el ordenamiento

(12) Ob. cit., págs. 93 y 94.

civil con arreglo al cual se celebró el matrimonio, afecta de tal manera a la celebración que puede decirse que en el ámbito del Derecho español no vale dicho matrimonio ni como civil? O, por el contrario, ¿puede establecerse una cierta separabilidad negocial que permita salvar el matrimonio como civil? ¿La validez canónica afecta a la celebración de un modo nuclear e insubsanable, a pesar de que los contrayentes no tenían por qué tener intención de recibir el sacramento para que en principio dicha celebración valga para la Iglesia como válido matrimonio canónico? ¿El hecho de que estuviese dicho matrimonio inscrito como civil durante ocho años surtiendo plenos efectos civiles no exigiría el mantenimiento de la situación, eso sí, con eficacia únicamente en el orden civil?

Dos razones parecen oponerse a la tesis de la separabilidad y conservación de los efectos civiles de dicho matrimonio: el artículo 42 del Código civil que regula el acceso al matrimonio civil de los súbditos españoles, y el planteamiento "institucional" que adopta este artículo con su nueva redacción (Ley 1958) que antes hemos expuesto.

El artículo 42 del Código civil constituye una norma imperativa que sanciona con la nulidad lo hecho en contravención del mismo (art. 4.º del Código civil). Quiere esto decir que si el matrimonio contraído civilmente en Rusia por un súbdito español es posible, es porque la eficacia de este artículo se doblega a lo que establece el Código de Derecho canónico mejor dicho, más que doblegarse, se mantiene fiel a las exigencias canónicas para aquellos que "profesan": esto es lo que en todo momento trata de salvaguardar dicho precepto. En este sentido lo hecho en Moscú por los ahora litigantes no desdice de lo que la Iglesia prescribe para los que profesan. Y en este sentido puede decirse que tal celebración civil no contradice lo dispuesto por el artículo 42. Pero en cuanto tal matrimonio civil se sitúa en contra del ordenamiento civil español. Podríamos concluir que si el matrimonio que da lugar a esta sentencia es nulo canónicamente por haberse contraído sin dispensa del impedimento dirimente de disparidad de cultos, civilmente es nulo por no estar permitido el mismo al contrayente español. Una posible objeción a esta argumentación podría ser la consideración de que el artículo 42 regula el acceso a ambas clases de matrimonios, impidiendo con carácter restrictivo el civil a los bautizados. Supondría esta objeción olvidar lo que significa la sanción de nulidad que si bien requiere declaración judicial, surte efectos "ex tunc". En concreto y para el matrimonio, llega a esta conclusión Fuenmayor (13) al estudiar el alcance del artículo 42

Junto al artículo 42, que más que oponerse a la tesis de la separabilidad hace inviable la propia validez del vínculo civil mantenible en base a dicha tesis, parece oponerse a ésta el planteamiento adoptado por el sistema matrimonial español después de la reforma efectuada en 1958. En este sentido ya no sería un precepto, sino el propio sentido general del ordenamiento civil el que no permitiría distinguir en este tipo de matrimonios un aspecto canónico y un aspecto civil.

Dicho planteamiento acertadamente calificado de institucional por Laguna (14), supone una abrogación del término formas no sólo como criterios de competencia y Derecho aplicable, sino una consagración del término clases y

(13) FUENMAYOR, Ob. cit., págs. 71-75.

(14) *Op. cit.*, pág. 497.

con el de un sistema que podríamos llamar “por naturalezas”. En este sentido la calificación de canónico implica no sólo una exclusividad jurisdiccional, sino también una exclusión del carácter civil del matrimonio como incompatible con él. La hipótesis antes señalada se incorpora al Derecho civil español como un todo canónico: esto es lo decisivo; no importa tanto la calificación del Codex que tiene un indudable valor como inexcusable paso previo, sino el modo de incorporarse al sistema, y esto nos indica que o se incorpora como canónico exclusivamente, o no se incorpora en virtud del artículo 42.

C) *La nulidad del matrimonio civil por catolicidad de uno de los contrayentes.*

Desde el punto de vista civil recaen sobre esta celebración matrimonial una doble problemática. En primer lugar se trata de un matrimonio de español en el extranjero celebrado según la “lex loci” y ante los funcionarios de la “lex loci”. En segundo lugar se trata del matrimonio civil de un católico. Es probable que la confusión de ambas cuestiones o la no clara delimitación de dichos problemas haya acarreado —para el tema enunciado en primer lugar— un defectuoso planteamiento doctrinal y jurisprudencial.

La resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de marzo de 1967 parece poner fin a esta situación confusa al establecer que en materia de forma rige el artículo 11 del Código civil: “Con lo que ha de considerarse superada la interpretación contraria que emana del último párrafo del artículo 100 del Código civil”.

Como señala Díez Picazo (15) este problema debe resolverse aplicando los artículos 9 y 11 del Código civil. Según el primero, la ley personal sigue a los españoles en el extranjero. De aquí que el artículo 42 como integrante de la capacidad matrimonial obligue a los españoles en el extranjero. Sin embargo, según el artículo 11 las cuestiones de forma pueden resolverse según el criterio de la “lex loci”. Así, los españoles en el extranjero pueden contraer matrimonio ante los funcionarios de la “lex loci” y según ésta —trasladando luego los efectos al Registro pertinente— o pueden celebrarlo ante los cónsules y vicecónsules que en el extranjero realizan las funciones de Jueces municipales según el párrafo 3 del artículo 100 del Código civil.

De aquí se deduce que desde el punto de vista de la forma el matrimonio celebrado en Moscú en 1955 no plantea problemas. Por el contrario, sí que sigue en pie la reconvención del artículo 42 de aplicación obligada en virtud del artículo 9 del Código civil.

Según el entendimiento de Fuenmayor (16) y de la jurisprudencia que en este punto ha seguido sus directrices, el matrimonio civil de un católico es nulo. A mi juicio, sin embargo, cabe hacer algunas matizaciones a este planteamiento.

Desde el punto de vista jurisprudencial habría que esclarecer si la dirección iniciada en octubre de 1959 por el Tribunal Supremo se debe a la aplicación de la reforma de abril de 1958, cuyos argumentos a través de Fuenmayor esgrime —no se sabe si como “obiter dicta” o como “ratio decidendi”— o si por

(15) DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre jurisprudencia civil*. Tomo II. pág. 308.

(16) FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*. (Comentario al artículo 42 del Código civil). Madrid, 1959, págs. 71-75.

el contrario lo decisivo es la aplicación de la Orden de marzo de 1941. Esta última posibilidad como verdadera razón impulsiva del cambio, podría fundarse en tres razones: en primer lugar en el hecho de que en dicha orden es el único texto legal en el que de una forma expresa se supedita la validez del matrimonio civil a la veracidad de la prueba de la acatolicidad; en segundo lugar, en el hecho de ser coherente este planteamiento extremo con el concepto rígido de profesión establecido en la misma; y en tercer lugar, por ser el supuesto contemplado en la Sentencia de octubre de 1959, el primero que se plantea conflictivamente ante el Tribunal Supremo, habiéndose contraído bajo el imperio de dicha Orden.

La problemática que plantea la Orden de 1941 es, desde luego, aplicable al matrimonio contraído en Moscú en 1955. Sin embargo, a la hora de dejar sentado un criterio acerca de este problema conviene superar la temática del caso jurisprudencial que contemplamos y que de alguna forma delimita la Orden de 1941.

Y esto es interesante porque la posible nulidad civil de un matrimonio canónico en forma civil puede plantearse en el futuro fuera de ese ámbito y por estricta aplicación del Código civil reformado en 1958. Entonces la nulidad del matrimonio civil contraído por un católico debe plantearse al margen de la expresa sanción establecida en dicha Orden. Por tanto, la doble nulidad civil-canónica de los supuestos aquí contemplados puede ser que, al quedar matizada, anime al Tribunal Supremo a un mantenimiento del vínculo como civil. En mi opinión, dicha nulidad del matrimonio civil no puede deducirse del Código civil, de sus preceptos, de una forma contundente si no es por un recurso a la inspiración subsidiaria del matrimonio civil en España. Ahora bien, si esta inspiración subsidiaria no va acompañada, además de un entendimiento rígido del concepto de "no profesión", estableciéndolo en sentido objetivo, como simple no pertenencia a la Iglesia, la nulidad no es planteable, en tal caso, de una forma coherente. Y es sabido que la reforma del Código civil de 1958 mantuvo el criterio de tolerancia del cual prescindió la Orden de 1941.

Examinando los preceptos del Código civil que se aducen en pro de la tesis de la nulidad vemos que la referencia al artículo 4 depende del alcance y carácter que se da al artículo 42 que es la cuestión a dilucidar y que por tanto no admite un apoyo directo en el mismo, y como consecuencia una referencia a la nulidad como contrario a la ley lo hecho en contravención suya.

Si presenta mayor autonomía interpretativa el artículo 101, número 4: incompetencia del Juez Municipal para autorizar el matrimonio civil de un católico. De este argumento cabe decir, por un lado, que su estricta observancia depende del entendimiento administrativo del concepto de "no profesión". habida cuenta que si el ordenamiento autoriza con criterio tolerante el matrimonio civil de algunos católicos, no cabe hablar de incompetencia; por otro, habría que establecer el alcance de la apariencia en este supuesto: esto es, lo que se le pide al Juez Municipal es que autorice un matrimonio civil, algo para lo que está capacitado, es decir, el Juez Municipal "no da algo que no pueda dar". Cosa muy distinta es que luego ese matrimonio resulte nulo por otros imperativos del ordenamiento.

Asimismo, dentro del mismo cuerpo legal nos encontramos con el artículo 51

que según la doctrina más común sanciona la ineficacia del matrimonio canónico que sigue a uno previo civil. Supuesto posible al amparo del criterio de tolerancia. Es claro que en este caso el ordenamiento civil, sin entrar en la validez o nulidad del posterior matrimonio canónico, defiende y mantiene el vínculo civil de un católico.

Por otro lado, cabe apreciar como chocante el que el Código civil autorice a una persona en situación fraudulenta —matrimonio al margen del artículo 42— el logro de un “propósito fraudulento”: obtener en último término, un divorcio alegando su condición de católico. En definitiva, el régimen de nulidad del matrimonio civil contraído por un católico debe ser templado por el entendimiento administrativo del concepto de “no profesión” que rige en cada momento. Hoy en día rige el criterio tolerante mantenido a nivel civil por la reforma del Código de 1958, agrandado en su permisibilidad por la disposición administrativa de 22 de mayo de 1969 que reforma el Reglamento del Registro Civil, y muy en concreto el artículo 245 del mismo que “dulcifica” el rigor de la prueba de la acatolicidad exigida en el artículo 86 del Código civil en unos términos amplísimos: “prueba de que el abandono (de la religión católica) ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio”.

Es de advertir que la inspiración supletoria acerca del matrimonio civil queda con esta reforma muy debilitada. En definitiva y como conclusión de este punto creemos que no puede hablarse de nulidad de matrimonio civil contraído por un católico fuera del alcance de la Orden de 10 de marzo de 1941 que, como hemos dicho, es el único texto legal que establece dicha sanción.

D) *La cesación del impedimento de disparidad de cultos*

Junto a la cuestión de la separabilidad indicábamos una segunda cuestión íntimamente relacionada con la naturaleza canónica del matrimonio y que únicamente la indicaremos por suponer una ingerencia ajena al Derecho civil. El tema, aunque algo delicado, ha sido abordado por la doctrina. Consideran los autores la posibilidad de que en extraordinarias circunstancias cese el impedimento de disparidad de cultos (17). La Iglesia así lo ha entendido, de una manera claramente restrictiva, para algunos casos ocurridos en tierras de misiones, en casos en los que es difícil el matrimonio sin que concurra esta dificultad. Recientemente esta cuestión ha sido conectada precisamente con el tema de la forma extraordinaria (canon 1.098, 2) (18) que es una de las hipótesis que da lugar en nuestro Derecho a los matrimonios canónicos en forma civil. Hay que hacer constar que este problema ya se presentó en nuestro país, como otros muchos, con ocasión de la Guerra Civil y que la Iglesia no flexibilizó su criterio. Por mi parte sí creo oportuno señalar que de acuerdo con nuestro sistema matrimonial vigente, la cuestión toma un cariz más serio, ya que la posible nulidad del matrimonio así celebrado no afecta solamente al fuero interno del contrayente bautizado, creándole un problema personal frente a su conciencia, sino que crea

(17) GONZALVUS A RAAMSDONL, *De cessatione impedimenti disparitatis cultus in extraordinariis territorii circumstantiis*. Roma 1955.

(18) GEHRBERGER, John. *The extraordinary form of marriage* (can. 1.908, 2.º) and diriment ecclesiastical impediments “Jurist”, 1958. n.º 18, págs. 79-87.

una clara situación de indefesión en la otra parte que celebra un matrimonio civil de acuerdo con el Derecho de su país, sin saber que allá, en la patria del otro cónyuge, ese matrimonio se tiñe de cierto carácter canónico que en su momento le permitirá obtener algo que para ella debe tener el nombre de divorcio y que, por otro lado, va contra los más sagrados principios inspiradores de la convivencia, consagrados con carácter fundamental en dicho país. El resultado, aparte de paradójico, es injusto. De ahí que la opinión de muchos canonistas no deja de tener su fundamento: máxime en casos como éste, en el que en definitiva el matrimonio no es imposible, ya que la propia Iglesia recomienda a los contrayentes renovar el consentimiento matrimonial: interregno alegremente aprovechado por uno de los cónyuges.

VII. CONSECUENCIAS PRACTICAS

Analizadas las cosas a fondo, hemos podido comprobar que la celebración matrimonial podría anularse, por lo menos en hipótesis, ya se la considere civil, ya se la considere canónica. El matrimonio es en todo caso nulo. Presidiendo únicamente el quehacer jurisprudencial el intento de realizar lo justo, acompañado de un cierto pragmatismo, podría convertir toda consideración técnica en supérflua. Es sin embargo esta nulidad ambivalente la que nos va a dar pie para extraer las últimas conclusiones acerca de la problemática de los matrimonios canónicos en forma civil. Y ello mostrando de una forma patente cómo el concepto de clases de matrimonio es inoperante a la hora de solucionar los problemas que con tal introducción legislativa se plantean.

Planteémonos la hipótesis de que contra un matrimonio celebrado civilmente e inscrito como tal en el Registro Civil, se entable demanda de nulidad. El actor-contrayente aduce su condición de bautizado y en consecuencia la infracción del artículo 42 del Código civil. ¿Cuál sería la reacción de los tribunales? También hipotéticamente cabe señalar tres hipótesis: 1) decretar la nulidad del matrimonio por infracción del artículo 42; 2) aplicar directamente la doctrina de la forma extraordinaria canónica; 3) remitir la causa a la jurisdicción eclesiástica por suponer que en este caso se está ante una hipótesis de matrimonio canónico en forma civil, a pesar de que en el Registro figura únicamente como civil: por tanto declararse incompetente.

Hay razones que avalan la mayor plausibilidad de la primera solución. La doctrina canónica de la forma extraordinaria se refiere a casos en los que un matrimonio civil *vale como canónico* para la Iglesia. Pero en sede civil su aplicación es embarazosa. Declararse incompetente siendo la celebración civil y constando el matrimonio como tal en el Registro, sin que se haya producido por el interesado la anotación al margen en virtud de certificación eclesiástica del carácter canónico del matrimonio, parece también improbable. Cabe pensar por tanto, como probable, el que los tribunales civiles decretasen la nulidad de un matrimonio canónico. Tal peligro únicamente aparece previsto y zanjado en el Reglamento del Registro Civil en el artículo 263; en principio y a la letra parece únicamente referible al caso de matrimonio civil que sobreviene canónico, pero por estar en el mismo artículo que el supuesto de matrimonio civil inicial-

mente canónico y por referirse a la posibilidad de la anotación marginal a ambos supuestos y regularse en el inciso final la eficacia de estas inscripciones, lo que dicho precepto se establece parece extensible a las otras hipótesis de matrimonio canónico en forma civil: "inscrita la ulterior celebración, no se podrá inscribir sentencia civil sobre validez, nulidad o separación mientras no se inscriba la declaración canónica de nulidad del segundo enlace".

En la hipótesis contraria nos situamos en el caso de la Sentencia de 27 de mayo 1967: un matrimonio, si no civil por lo menos inscrito como tal, es declarado nulo por la jurisdicción eclesiástica: ello porque la doctrina sobre la que se sustentan estos supuestos matrimoniales es fácilmente alegable y esgrimible en dicha jurisdicción a espaldas de la realidad registral.

En definitiva, lo que queda arrumbado es el Derecho estatal, o sea, la disciplina civil que trata de armonizar ambos ordenamientos. El problema raíz de la sentencia que comentamos no es un problema de índole canónica donde la cuestión está perfectamente resuelta: de ahí que resulte improcedente la referencia de la sentencia al Derecho canónico ("según el Derecho de la Iglesia"). Para el Derecho estatal estos supuestos matrimoniales amparados únicamente en la idea de clases de matrimonio, o sea de la naturaleza del mismo, supone implantar un régimen facultativo, ya que jurídicamente la naturaleza del negocio, abstracción hecha de la apariencia, ya sea formal, ya sea registral, lo permite, Y un régimen facultativo dentro de un sistema de matrimonio civil subsidiario se presta a fraude: la elección de la vía eclesiástica como lugar donde fácilmente se acogerá la naturaleza canónica del matrimonio, unido al impedimento dirimente de disparidad de cultos, hace a todas luces viable el divorcio que una de las partes trata de obtener, a pesar de que durante ocho años no mostró el menor interés por variar la constatación registral. En lógica consencuencia parece necesario abogar por la implantación de un criterio claramente delimitativo de la competencia y del Derecho aplicable en cada caso.

VIII. CRITERIO QUE SE PROPONE: EL REGISTRO CIVIL

Podría en esta situación pensarse como instrumento adecuado el Registro Civil. Volver al criterio de la forma tendría como serios inconvenientes: 1) ir contra el nuevo giro dado al sistema matrimonial español; 2) impedir la posibilidad de los matrimonios canónicos en forma civil que pueden cumplir su misión permitiendo al bautizado contraer matrimonio superando las dificultades que le plantea una legislación extranjera; y 3) disminuir notablemente la armonización del Derecho estatal con el Derecho canónico.

En principio, el criterio de la naturaleza del matrimonio bastaría para resolver los problemas que dentro del sistema matrimonial español se plantean en orden a la jurisdicción y Derecho aplicable. De hecho una aplicación rigurosa de este principio conllevaría una disminución o supresión absoluta de fricciones. Sin embargo, a la larga supone la implantación de un supuesto matrimonial que permite una opción al súbdito español no tolerada en los casos comunes: constituir en matrimonio civil mediante la alegación de no profesión o a través del expediente oportuno, o en canónico, puesto que siempre tendría las

puertas abiertas para ello. Puede pensarse que esto ya ocurre en general dentro de la legislación española, pero existe a diferencia, de indudable importancia, de que esta alternativa en estos supuestos se plantea "a posteriori", después de celebrado el matrimonio con la consiguiente carga de consideraciones que deben mover lógicamente a los tribunales a la hora de resolver el conflicto, y es "a posteriori" cuando cualquiera de los cónyuges puede analizar fríamente las posibilidades que tiene de llevar a cabo un resultado que implique un fraude a la ley, una notoria injusticia y una contravención del principio general de Derecho de la indisolubilidad del matrimonio, que tiene en nuestro país carácter de principio de orden público.

Y sobre todo, y como razón de más peso, implica el dejar a la otra parte en una notable situación de indefensión, pues si bien es cierto que uno de los contrayentes nunca es tercero a la hora de soportar los efectos de un matrimonio ya contraído, no lo es menos que un súbdito extrajero no tiene por qué conocer a fondo las posibilidades del sistema matrimonial español. De igual modo que resulta notablemente injusto que un extranjero pueda obtener en su país una sentencia de divorcio de un matrimonio canónico celebrado en España con un súbdito español pudiendo volver a contraer nupcias, y no así el español, que, por ser el divorcio institución desconocida en España, no puede volver a contraer matrimonio e incluso puede tener dificultades de reconocer a un hijo habido en relaciones extramatrimoniales por pesar sobre él la condición de casado (19); igualmente resulta injusto hacer caer el peso de nuestro sistema matrimonial sobre un extranjero con parecida intensidad. El conflicto planteado en esta sentencia avala la erección en hipótesis de este peligro.

¿Qué ventaja presenta el seguir el criterio registral? Fundamentalmente una: conocer y *dar firmeza* a esta situación excepcional, pero en definitiva eficaz de matrimonio civil o canónico a elección de uno de los contrayentes, y sólo uno, o sea, del súbdito español. De haberse seguido en la Sentencia de 27 mayo 1967 el criterio registral como así lo hicieron el Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial, no se habría producido este resultado notablemente injusto y lesivo para uno de los contrayentes: el matrimonio estaba inscrito como civil (20).

(19) Con gran carácter innovador ha sido muy recientemente superado este problema por la Resolución de 23 de abril de 1970 de la Dirección General de los Registros. Para una valoración de la misma veáse el comentario a la misma de M. AMORÓS GUARDIOLA, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1970, página 1557. También, LALAGUNA, ob. cit., pág. 527.

(20) Traemos a colación ahora la afirmación de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, según la cual "los matrimonios civiles contraídos por españoles en Rusia se están inscribiendo en el Registro Civil español" (*Matrimonio civil de españoles en el extranjero*, "Anuario de Estudio Civil", 1966, pág. 712). En la pág. 713 añade: "Nótese que, en congruencia con la eficacia del Registro, sólo se permite la inscripción de los actos válidos. De ahí que sea fundamental en el sistema registral el que no pueda inscribirse ningún título sin que su legalidad sea previamente calificada por el encargado del Registro" (Cf. art. 27 Ley Registro Civil). Y son estas precauciones las que permiten al legislador dar gran fuerza a las inscripciones: "la inscripción hace fe del acto del matrimonio" (art. 69 L. R. C.). "Constituye la prueba del matrimonio" (art. 2.º y 4.º, L. R. C. y 327 Código civil), "con todo su intrínseco valor —no meramente procesal que encierra la expresión". (Exposición de Motivos de la Ley).

Por otro lado, y creo que esto es una cuestión importante, queda salvado el sistema jurídico español. La relación del Derecho canónico con el Derecho estatal debe plantearse más que en términos de recepción de aquél por éste como un problema de armonización: debe considerarse el artículo 42 como una norma que contempla ambos ordenamientos para discriminar entre los súbditos españoles, encauzándolos unos al matrimonio canónico y otros al civil. De esta forma, y a pesar de que el matrimonio canónico sea obligatorio para el bautizado, esto se produce por remisión del ordenamiento civil más que como asunción del Derecho canónico. Así las cosas, la implantación del criterio de clases o naturaleza del matrimonio, sería un medio eficaz para reconocer en principio la posibilidad de que efectivamente, según el criterio de la Iglesia, un súbdito español puede contraer en determinadas circunstancias matrimonio civil, con efectos canónicos. Delimitaría precisamente esta hipótesis, que, para que luego surta efectos en su armonización con el Derecho español, debe pasar a través del Registro Civil.

Por otra parte, siguiendo el criterio aquí expuesto, es decir, logrando a través de la constatación registral una mayor firmeza y fijeza de las clases de matrimonio, se protege eficazmente a los súbditos extranjeros: la única afirmación que esgrime en su defensa la contrayente rusa que va a sufrir la declaración de nulidad llevada a cabo por el Tribunal Supremo, es el carácter civil de su matrimonio, afirmación en perfecta consonancia con la realidad registral.

Puede pensarse que esta es la forma de abrir un portillo para la celebración de matrimonios civiles. Sin embargo, conviene tener en cuenta que ello sólo es posible para aquellas hipótesis en las cuales el ordenamiento canónico prevé la forma extraordinaria, siempre excepcional, y, en segundo lugar, que el entendimiento administrativo del concepto de "no profesión" a efectos de contraer matrimonio civil en España, va siguiendo una evolución que permite hablar de un sistema facultativo vigente, no reconocido legalmente, pero eficaz en la práctica (21).

IX. CARACTER DE LA INSCRIPCIÓN DEL ARTICULO 263 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO CIVIL (22)

¿Supone este planteamiento registral de los matrimonios canónicos en forma civil darle a la inscripción un cierto valor constitutivo de espaldas a la realidad

Así las cosas, cabe preguntar cómo fue posible inscribir como civil el matrimonio contraído civilmente en Moscú en 1955.

La Resolución de 7 de julio de 1971 señala que "existen matrimonios canónicos válidos —e inscribibles, por tanto, como tales— celebrados en forma civil extranjera, no obstante profesar la religión católica uno de los contrayentes".

(21) LUCES GIL, *Análisis de la reforma introducida en el Reglamento del Registro Civil por el Decreto de 22 de mayo de 1969*. "Boletín de Información (Ministerio de Justicia)", 1969, núm. 828, pág. 11 y ss.: "Pero la reforma, como veremos, no se limita a una mera abreviación o complicación de los trámites del expediente matrimonial, sino que tiene una mayor trascendencia: se facilita extraordinariamente la prueba "de la no profesión de la religión católica" que prácticamente —y gracias a la flexibilidad del art. 42 del Código civil— nuestro sistema matrimonial ha venido a convertirse de nuevo en un sistema de matrimonio civil cuasi facultativo".

extrarregistral que se rige por otros criterios? Aparentemente así es. Sin embargo, conviene tener en cuenta que este planteamiento registral está en consonancia con el artículo 263 del Reglamento de Registro Civil. En primer lugar la inscripción marginal del carácter canónico del matrimonio en virtud de certificación eclesiástica parece tener este valor, ya que la fuerza que aparentemente en virtud sólo en virtud de la misma se dota al matrimonio inscrito como civil y posteriormente como canónico, parece devenir de dicha inscripción. Con razón podría decirse que en este caso la fuerza no le viene de la inscripción, sino de la propia naturaleza canónica que tiene acceso al Registro y que por tanto no hay discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral. Ciertamente no hay tal discordancia, pero no es menos verdad que hay "acceso" al Registro y en virtud del mismo una mayor protección de dicho carácter canónico, anteriormente sólo amparado en el Codex y ahora por el Derecho civil a través de la innovación del término "clases de matrimonio", innovación que no logra su plena eficacia sino a través de este precepto del Reglamento del Registro Civil.

Sin embargo, dicha inscripción se presenta como una facultad, como un derecho potestativo de configuración, pudiendo subsistir el matrimonio sólo como civil indefinidamente. En este caso podría haber una discrepancia (23), como en el caso de autos entre la realidad registral y la extrarregistral: matrimonio canónico en forma civil. En estos casos, no incoada la inscripción, más que hacer prevalecer el Registro sobre la realidad, lo que parece indicar el artículo 263 es que el contrayente debe soportar la carga de no haber procedido en consonancia a esa facultad de conversión del carácter inscrito de su matrimonio, en aras de la seguridad jurídica, que debe proteger al otro contrayente cuyo carácter meramente civil le consta, y no tiene por qué soportar los efectos de una situación que desconoce. De esta forma la inscripción como meramente civil de este matrimonio no tendría carácter constitutivo pero protegería eficazmente a la otra parte. Podría igualmente establecerse un plazo para que dicha conversión fuese viable, ya que la constancia del carácter civil durante ocho años no debe ser irrelevante. De esta forma constituyendo como una carga a soportar la otra parte, no se iría contra el artículo 42 su carácter imperativo y de orden público: tendríamos un matrimonio canónico en forma civil, que sólo surte, *estatalmente*, efectos civiles. Así queda salvado el fuero interno del contrayente bautizado, (su matrimonio vale ante la Iglesia), la seguridad de la otra parte y el derecho estatal, o mejor el sistema matrimonial español, y no es flagrantemente burlado con intentos prácticos fraudulentos. En el caso de autos: firmes e intocables los efectos civiles de matrimonio, nada impediría a Unzueta renovar el consentimiento matrimonial tal como le invitaba a hacerlo el Juez-Propositor

(22) Art. 263 del Reglamento del Registro Civil: "la resolución canónica de que un matrimonio inscrito como civil fue desde el principio o ha pasado a ser válido matrimonio canónico y la celebración del último entre los mismos cónyuges se inscribirá al margen en virtud de certificación eclesiástica.

·Inscrita la ulterior celebración, no se podrá inscribir sentencia civil sobre validez, nulidad o separación mientras no se inscriba la declaración canónica de nulidad del segundo enlace".

(23) Discrepancia admitida por el art. 263 del R. R. C.: "...inscrito como civil... fue desde el principio válido matrimonio canónico...".

de Madrid Alcalá, en un decreto cuya única eficacia a mi entender puede colegirse teniendo en cuenta la relación de Unzueta como súbdito de la Iglesia que pide una respuesta, y que mal entendida por los Tribunales civiles, da lugar a un resultado contrario en definitiva a la intención del mismo (renovación del consentimiento) y de la justicia, pues desampara a la otra parte. Igualmente, dado que la Iglesia siempre puede tener una particular relación con sus súbditos y hacerse una idea acerca de su situación canónica, nunca hizo fuerza en conocer, y por tanto esgrimir, el argumento del no ejercicio de un olvidado inoperante y a nivel constitucional, desaparecido recurso (24), parece igualmente desafortunado.

LUIS ARECHEDERRA

Profesor de la Universidad de Navarra

(24) MANRESA, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tercera edición. Madrid 1910, págs. 334-335: "Es propiamente una cuestión de competencia la que da lugar al recurso de fuerza en conocer. Pero, aun cuando por medio de estos recursos se resuelve una cuestión de competencia, su especialidad e importancia exigía tratarlos con la separación debida, como se ha hecho en todas las leyes anteriores, y no como una sección de las competencias comunes, y evitar el error en que pudieran incurrir los jueces seculares aceptando o promoviendo por los trámites comunes tales contiendas con los jueces eclesiásticos".

GUASP, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid 1948, pág. 462: "La naturaleza jurídica de tales contiendas es evidentemente la de un verdadero conflicto jurisdiccional, dada la noción que de éstos se expuso más arriba. Se desconoce esta verdad cuando se califica a esta serie de cuestiones como de competencia, error en que incurre la L. E. C.

FENECH, *Doctrina procesal civil del Tribunal Supremo* (1.º abril 1881-31 diciembre 1953). Madrid 1956. Sólo recoge un caso: A 8 julio 1919.

MALDONADO, *Los recursos de fuerza en conocer en España. Un intento para suprimirlos en el siglo XIX*. "Anuario de Historia del Derecho Español", 1954, página 355: "Desde el punto de vista histórico, los recursos de fuerza en conocer presentan un contrasentido, que es el que les sitúa en esa posición, como de permanente inequilibrio, en que desde hace algún tiempo parecen colocados. Son una creación de la corriente regalista, que encaja adecuadamente en el cuadro político del absolutismo; allí, aunque contrarios a la Iglesia, no desentonan de la fisonomía del Estado, que busca la unión con aquella, pero procurando tenerla sometida".

MALDONADO, *Nuevas orientaciones sobre los conflictos de competencia canónico-civil*. "Homenaje al profesor GIMÉNEZ FERNÁNDEZ", Volumen I, página 73: "Estos preceptos de la L. E. C. de 3 de febrero de 1881, resultan claramente incompatibles con el reconocimiento de la competencia canónica que se afirma en los artículos 2, 24, n. 2 y 35 del Concordato de 27 de agosto de 1953 y con el espíritu que informa todo el texto del mismo; pero el hecho es que, ni en sus normas han sido expresamente condenados, ni se les ha suprimido de la legislación positiva española, a pesar del tiempo transcurrido y de que en el artículo 36 del Concordato se dijo que quedaban derogadas las leyes contrarias a lo establecido en el mismo y que el Estado español promulgaría las disposiciones de Derecho interno necesario para su ejecución" (Nota 4).

MAGÍN FÁBREGA, *Lecciones de Procedimientos Judiciales* (Barcelona, 1927), páginas 297 y 298, los califica de injustos, tiránicos y absurdos.

GUASP, *Comentarios...*, pág. 462, señala como defecto primordial de estos recursos "en vez de encargarse la solución de estas cuestiones a un órgano fuera de los intereses en litigio, el Estado la confía precisamente a uno de los interesados".

2. Arrendamiento de local de negocio con cláusula de elevación de la renta.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 febrero 1971)

SUMARIO: 1. El contrato de arrendamiento de local de negocio con cláusula de elevación gradual de la renta y la actual doctrina del Tribunal Supremo.—2. La libre estipulación de renta y sus consecuencias para las cláusulas previsoras de su elevación.—3. Los límites de validez de las cláusulas de elevación de renta ante el beneficio de la prórroga forzosa.

1. El contrato de arrendamiento de local de negocio con cláusula de elevación gradual de la renta y la actual doctrina del Tribunal Supremo.

En un contrato de arrendamiento de local de negocio, celebrado el 15 de febrero de 1967, las partes acuerdan, entre otras estipulaciones, que el plazo de duración sería de un año y su renta de dos mil pesetas al mes, que se aumentaría a tres mil pesetas al segundo año y quinientas pesetas por cada año hasta completar o alcanzar la de ocho mil pesetas al mes. A partir del primero de marzo de 1968, en virtud de aquel aumento progresivo de la renta, se pasó a cobrar la de tres mil pesetas, con protesta del arrendatario que dejó de abonar las tres mil pesetas a que ascendía, considerando ilícito tal aumento.

Entablado pleito, el Juez de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la demanda del arrendador, declaró radicalmente nula y sin efecto alguno la cláusula del contrato de arrendamiento de 15 de febrero de 1967, en cuanto establece unos aumentos progresivos de la renta sobre la de dos mil pesetas mensuales, única que debe regir en dicho contrato.

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial dicta sentencia, con fecha de 8 de abril de 1970, que revoca la anterior.

El arrendatario interpone recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo contra la sentencia pronunciada por la Audiencia en base a la causa tercera del artículo 136 de la vigente LAU. El Tribunal Supremo, en vista de los hechos y fundamentos de derecho alegados y probados, declara:

"CONSIDERANDO: Que el contrato de arrendamiento de local de negocio de que se trata, celebrado el 15 de febrero de 1967, contiene una

cláusula que dice así: "... por tiempo de un año, y precio de dos mil pesetas por mes, el primer año, tres mil pesetas por mes el segundo año y aumento de quinientas pesetas mensuales, hasta completar ocho mil pesetas", y coincidiendo recurrente y recurrido, y la sentencia impugnada, en considerar que dicha cláusula es de elevación gradual de la renta con límite máximo, es visto que la cuestión que se plantea, al amparo del artículo 136 de la LAU... es la validez de la cláusula en cuestión... y que el contenido de la cláusula pone de manifiesto que dicho límite máximo de las ocho mil pesetas se alcanza en el duodécimo año de la subsistencia del contrato".

"CONSIDERANDO: Que el artículo 97 de la vigente LAU dispone que las rentas de las viviendas y locales de negocio que se arrienden después de su entrada en vigor, será la que libremente estipulen las partes, establece, por lo tanto, dicho precepto, la más amplia libertad respecto a la cuantía de la merced arrendaticia, y si bien según reiterada doctrina de esta Sala, tal libertad de fijación de la renta ha de quedar sometida a los demás preceptos arrendaticios, en cuanto se ha de respetar el postulado esencial de la prorrogabilidad de los contratos que dispone el artículo 57 de la propia Ley especial, es lo cierto que en el presente caso no cabe apreciar que la indicada cláusula esté en pugna con aquel mandato legal, toda vez que no se trata de señalamiento de una renta que se eleve de manera fija, constante o indefinidamente, sino que, por el contrario, tiene un tope predeterminado, el convenio de las ocho mil pesetas, que ni por su cuantía, ni por el dilatado tiempo que habrá de transcurrir para llegar a él, puede estimarse que conduzca necesariamente al resultado de hacer ilusoria la prórroga, imposibilitando al arrendatario el continuar en el uso del local."

Esta sentencia es realmente importante porque es la primera que decide sobre dos nuevas cuestiones fundamentales para la actual situación legal en materia de arrendamientos urbanos.

La primera cuestión se refiere a las consecuencias que produce la libertad de estipulación de la renta por las partes (art. 97 LAU), en contraste con el beneficio legal que anteriormente disfrutaba el arrendatario, que impedía cualquier elevación de su cuantía. Ello supone dar paso libre a las cláusulas reguladoras o actualizadoras de la renta y, particularmente, a esta frecuente modalidad de mera elevación de la misma.

Una segunda cuestión, conectada con la primera, es la de los límites de validez que implican estas cláusulas, especialmente cuando disponen la elevación de la renta de una manera progresiva y periódica, por el contraste y por la repercusión que tienen con el beneficio inderogable de la prórroga forzosa, que todavía se mantiene legalmente en favor del arrendatario (artículo 57 LAU), el cual, por defecto de aquella elevación progresiva, puede imposibilitar al arrendatario su futuro disfrute por excesiva onerosidad.

A pesar de que para la legislación anterior estas cláusulas eran nulas por contradecir el beneficio de la renta legal, fija y estable, según pudo interpretar nuestra jurisprudencia (S. 24 junio 1971), sin embargo, ahora en base a la LAU vigente, se interpretan como válidas. Examinemos, pues, los argumentos y apoyos legales en que radica esta diferencia para las cuestiones planteadas y resueltas ahora por nuestro Tribunal Supremo.

2. *La libre estipulación de renta y sus consecuencias para las cláusulas previsoras de su elevación.*

El vigente "Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos" (Decreto de 24 diciembre 1964) estableció una novedad fundamental, a partir de su publicación, la de romper con la tradicional postura de intervención o bloqueo de la renta, proclamando la posibilidad de establecer libremente la cuantía de la misma. De este modo, en la legislación vigente, el llamado beneficio de la renta queda circunscrito a aquellos contratos de arrendamiento concluidos con anterioridad a su publicación y que están en situación de prórroga forzosa, decayendo para los que se celebren después de su entrada en vigor, sin la diferencia de que las viviendas o locales, sean viejos o nuevos, estuviesen o no ocupados con anterioridad.

Efectivamente, el artículo 97 de la LAU vigente establece que "la renta de las viviendas y locales de negocio que se arrienden después de la entrada en vigor de esta Ley, será la que libremente estipulen las partes, aun cuando hubieren sido ocupados con anterioridad a esta fecha".

El texto del artículo resulta bien claro al reconocer de una manera rotunda el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para el establecimiento de la cuantía de la renta. Sin embargo, todavía pudiera plantearse la cuestión interpretativa de si tal autonomía o libertad para establecer dicha cuantía de la renta lo es sólo para el momento de la contratación o cabe, también, durante el transcurso del contrato. La cuestión me parece resuelta por la posibilidad que concede la propia LAU (art. 6) a las partes de la renuncia a este beneficio legal, así como la permisión de añadir en sus contratos cláusulas de actualización y de revisión de la renta (arts 98 y 100 LAU). Por lo demás, los contratos que permanezcan en situación de prórroga forzosa, desde ahora (art. 100 LAU) la renta se podrá adecuar, cada dos años, en función del índice del nivel medio de vida que establezca el Instituto Nacional de Estadística, a no ser que las partes hubieran convenido de modo expreso "otro sistema de actualización", es decir, cuando han previsto las llamadas cláusulas de estabilización.

La cuestión, pues, queda delimitada a los contratos de arrendamiento de viviendas y de locales de negocio en los que las partes prevén o una cláusula de revisión para la elevación de la renta o en los que se establece una cláusula de estabilización durante su vigencia.

El empleo de cláusulas contractuales pormenorizadoras de la diversa cuantía de renta que se debe pagar a lo largo de la vigencia del arrendamiento es debido a las constantes alteraciones del valor monetario que vienen acaeciendo en estas últimas décadas respecto al dinero de curso legal, la peseta, por las cuales su poder adquisitivo, al persistir la inflación, disminuye. De aquí que las partes contratantes, y sobre todo en interés del arrendador, se prevean aquellos tipos de cláusulas que consiguen, a través de un determinado período de tiempo, que la cuantía de la renta se vaya adecuando proporcionalmente al poder adquisitivo sufrido por la moneda, o ya, simplemente, que dicha cuantía de la misma se vaya elevando progresivamente en una proporción o suma determinada.

Mientras que la legislación especial de arrendamientos fue vinculativa para las partes, en cuanto al beneficio de la renta legal, concedida al inquilino de de viviendas (LAU de 1946 y LAU de 1955), dichas cláusulas no eran viables, resultando inválidas. No obstante, para los arrendamientos de locales de negocio, a propósito de la facultad que se concedía al arrendatario de poder renunciar a este beneficio de la renta, hizo posible que los arrendadores tratasen de actualizar el poder adquisitivo de la cuantía de su renta mediante las cláusulas de estabilización, no sin correr el riesgo de que se declarasen nulas por los Tribunales (1) y por cierto sector doctrinal (2), aunque se reaccionase por una rectificación de esta postura, para concluir dando paso a la proclamación de su validez (3).

La aplicación de las cláusulas de estabilización fue extendiéndose cada vez más hasta verlas acogidas legalmente de un modo nominal, como ocurre en la reforma al Reglamento Hipotecario (art. 219, párrafo tercero), o bien de una manera implícita, según hace el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente (art. 100, número primero, *in fine*). De este modo, se ve coronado y reconocido el esfuerzo dialéctico desplegado por cierto sector doctrinal en cuanto a las razones de equidad que implican dichas cláusulas ante las alteraciones monetarias.

3. *Los límites de validez de las cláusulas de elevación de renta ante el beneficio de la prórroga forzosa.*

Por el contrario fue muy diversa la suerte de las meras cláusulas de elevación de renta, distintas de las de estabilización porque comportan tan sólo el beneficio unilateral y exclusivo del arrendador, tanto en viviendas como en locales de negocio.

En cuanto a las viviendas, dado el establecimiento normativo de la renta legal y el bloqueo de la misma en las leyes de 1946 como de 1955, cualquier cláusula que se pactase con el fin de elevarla resultaba ineficaz y nula.

(1) SS. 13 noviembre 1952, 25 enero 1955 y 3 marzo 1962.

(2) Las cláusulas de estabilización han sido rechazadas como nulas para los arrendamientos urbanos de viviendas y locales de negocio por: ROCA SASTRE, en *Revista de Derecho Privado*, XXIV (1950), pp. 23 ss.; J. V. M., en *Revista de Derecho Notarial*, IX-X (1955), p. 615; LACASA, *El precio en el arrendamiento urbano*. Barcelona, 1957, p. 32, admitiéndolas tan sólo para los locales de negocio, por SANTOS BRIZ, en *Revista de Derecho Privado*, XXXVI (1962), p. 673; SELFA PEDRÓS, en *Revista General de Derecho*, 236 (1964), p. 362. Admitiéndolas en ambos contratos (viviendas y locales de negocio), cfr. J. S. B., en *Anuario de Derecho Civil*, VIII-1 (1953), p. 250; BONET CORREA, en *Anuario de Derecho Civil*, VIII-1 (1956), p. 89; CASTÁN y CALVILLO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II (Madrid, 1956), p. 701; SOTO NIETO, *Aspectos económicos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, II (Alcoy, 1959), p. 155; SÁNCHEZ FAVA, *La cláusula de estabilización de rentas en el arrendamiento urbano*, en *Revista de Derecho Español y Americano*, 24 (1960), p. 438; BONET CORREA, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1966), p. 213; SOTO NIETO, *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, I (Madrid, 1970), p. 397.

(3) SS. 28 noviembre 1957, 31 enero 1962, 17 junio y 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 8 febrero 1967 y 26 noviembre 1968.

Para los locales de negocio, el intento de elevar la renta mediante el establecimiento de una cláusula de efecto unilateral para el arrendador tampoco prospera bajo la vigencia de las Leyes de 1946 y 1955. Precisamente, la jurisprudencia adoptó posiciones muy concretas al distinguir estas cláusulas de elevación de renta de las cláusulas de estabilización (4). Entre sus argumentos fundamentales hay que destacar el de que, mientras en estas últimas cláusulas, las alteraciones monetarias (inflación y deflación) repercuten indistintamente y como un riesgo, tanto para el arrendador como para el arrendatario, en las meras cláusulas de elevación de renta tan sólo inciden gravosamente para el arrendatario y en beneficio exclusivo del arrendador, por lo que la renta no se adapta a la coyuntura económica, o precio del índice adoptado, sino que se eleva constante y periódicamente en la cuantía previamente fijada. De este modo, al implicar un aumento de la renta para una sola de las partes, se desbordan los límites de equidad y equivalencia de las prestaciones, poniendo en dificultades al arrendatario para pagar su renta, por lo que, indirectamente, se le coacciona a abandonar el local arrendado haciendo prácticamente imposible el ejercicio del beneficio de la prórroga forzosa.

De aquí que el Tribunal Supremo, en diversas ocasiones, haya sancionado esta modalidad de una cláusula de elevación de renta como abusiva, declarándola nula respecto a lo dispuesto en los anteriores ordenamientos especiales de arrendamientos urbanos por faltar a la equivalencia de las prestaciones y a la ecuación renta-prórroga (S. 23 febrero 1963) (5), por resultar contraria al sentido de las cláusulas estabilizadoras de la renta, constituyendo la manera de burlar la irrenunciabilidad a la prórroga del contrato (S. 1 abril 1965) (6), por quebrantar el fin de la prórroga forzosa en vista de la desproporción entre la utilidad o beneficio y uso de la cosa (S. 2 febrero 1966) (7), porque el beneficio de prórroga forzosa es reconocido al inquilino o arrendatario por la Ley de Arrendamientos Urbanos de modo irrenunciable (art. 6), siendo nulo el pacto de elevación progresiva de la renta por oposición a dicha prórroga (S. 7 febrero 1970), o que debe estimarse ilegal por vulnerar el principio básico de la prórroga obligatoria de los contratos arrendaticios al poder superar las posibilidades económicas de los inquilinos (S. 24 junio 1971).

Actualmente, bajo la vigencia de la LAU de 1964, al ser renunciable por el arrendatario el beneficio de la renta (art. 6) y declararse la libre estipulación de la misma, la postura y situación de los contratantes cambia rotundamente con la posibilidad de añadir cláusulas actualizadoras o estabilizadoras de la renta. Sin embargo, su diferente naturaleza jurídica y sus efectos económicos han dado lugar a matices que en la práctica de los Tribunales se

(4) SS. 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 18 febrero y 24 junio 1971.

(5) Cfr. BONET CORREA, en *Anuario de Derecho Civil*, XVI-3 (1963), página 885; SELFA PEDRÓS, op. cit., p. 362; SOTO NIETO, *Derecho vivo*, cit. página 409.

(6) Cfr. BONET CORREA, en *Anuario de Derecho Civil*, XVIII-2 (1965), p. 761; SANTOS BRIZ, en *Revista de Derecho Privado*, 49 (1965), p. 661, que la califica de cláusula de escala móvil. SOTO NIETO, *Derecho vivo*, cit. p. 411.

(7) Cfr. SOTO NIETO, *Derecho vivo*, cit., p. 413.

han acusado para declarar su validez. Mientras que las cláusulas de estabilización mantienen en cualquier coyuntura económica una finalidad conmutativa, las meras cláusulas de elevación de renta sólo parecen adecuadas ante el hecho concreto de la inflación.

La cuestión de los límites a tales porcentajes de subida de la renta, una vez presentada la situación conflictiva, como en el presente litigio, en definitiva queda a merced del arbitrio judicial, quien apreciará las circunstancias concurrentes en el caso para poder decidir si se trata o no de una "renta justa".

En vista de que el beneficio de la prórroga forzosa para el arrendatario todavía continúa vigente como irrenunciable (art. 6, números 1 y 2), la ecuación prórroga-renta se sigue manteniendo, por lo que el límite para el aumento programado de dicha renta en una cláusula de elevación de la misma resulta no sólo de las posibilidades del arrendatario, de sus condiciones peculiares económico-sociales apreciadas por los tribunales, sino de las condiciones materiales y temporales del contrato, como la cuantía establecida y su resultante dentro de los períodos de tiempo determinados para la vigencia del contrato, quienes revelarán si hace impracticable aquel beneficio de prórroga contractual por imposibilidad de pago, o es una gravosa carga que excede de sus posibilidades. La presente Sentencia de 10 de febrero de 1971, concretamente toma en cuenta estas consideraciones, cuando dice "que ni por su cuantía, ni por el dilatado período de tiempo que habrá de transcurrir para llegar a él, pueda estimarse que conduzca necesariamente al resultado de hacer ilusoria la prórroga, imposibilitando al arrendatario el continuar en el uso del local".

Es indudable que la potestad de arbitrio de nuestros tribunales es la que puede marcar la tan difícil tarea de administrar justicia entre los intereses privados, los cuales, situados por un lado en la posición de los arrendatarios, han de hacer frente a la coyuntura económico-social como parte menos favorecida, por lo que el legislador los sigue protegiendo con el beneficio de la prórroga, si bien en la legislación vigente se ofrece una contrapartida para los arrendadores, cual es la libertad de renta, potestativamente condicionada en su cuantía por las mismas partes de acuerdo con el momento económico-actual, o ya al poder prevenir una alteración monetaria. No obstante, cuando se trata de actuaciones unilaterales de una de las partes, de abusos o fraudes, es notoria la intervención del poder judicial, el cual, como sostiene la Sentencia de 12 de marzo de 1957, se trata de un poder excepcional de interpretación y revisión del Juez para modificar el contrato en la parte injusta, doctrina muy a tono con el espíritu social que impregna gran parte de nuestra legislación civil.

JOSÉ BONET CORREA

3. Contrato de inquilinato con cláusula de estabilización.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
del 15 febrero 1972).

SUMARIO: 1. La novedad del presente caso ante la legislación arrendaticia vigente y la interpretación judicial actual.—2. La admisión y validez de las cláusulas de estabilización, de revisión y de elevación de renta en los arrendamientos de viviendas.—3. Las modalidades de actualización legal y voluntaria de la renta.

1. *La novedad del presente caso ante la legislación arrendaticia vigente y la interpretación judicial actual.*

El interés novedoso que presenta la reciente Sentencia del 15 de febrero de 1972, lo es por varios conceptos y extremos, según vamos a examinar, aunque principalmente por ser la primera decisión que nuestro más alto Tribunal imparte respecto a un contrato de inquilinato, o de arrendamiento urbano de vivienda, en el que se confirma el reconocimiento legal de las cláusulas de estabilización de la renta en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos (= LAU).

Con anterioridad, y bajo los diversos ordenamientos especiales de arrendamientos urbanos (Decretos de 29 diciembre 1931 y 21 enero 1936, LAU de 31 diciembre 1946 y de 13 de abril de 1956), los dieciséis casos que llegaron al alcance del Tribunal Supremo lo fueron tan sólo respecto a contratos de arrendamientos urbanos de locales de negocio (1).

La razón de que no se pactasen cláusulas estabilizadoras, o actualizadoras, para los contratos de inquilinato era obvia, debido a los condicionamientos legales bien conocidos, entre los cuales estaba la irrenunciabilidad del beneficio de la renta pactada para las viviendas, mediante el bloqueo o tasa de la misma que quedaba conformada como renta legal, fija e invariable, a excepción de los cánones accesorios por gastos complementarios de servicios (portería, calefacción, etc.) o de las revisiones legalmente consentidas.

(1) V. nuestro estudio: *La legislación de arrendamientos urbanos y las cláusulas de estabilización de la renta*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 220 (1966), pp. 213 ss.

La apertura que inicia el Decreto de 24 de diciembre de 1964, con la refundición del texto de la LAU, al restaurar la autonomía de la voluntad de las partes contratantes en cuanto a la libertad de rentas de las viviendas y locales de negocio que se arrienden después de la entrada en vigor de esta Ley, sin distinción a que hubieran sido ocupados con anterioridad a esta fecha (artículo 97), así como el reconocimiento expreso de "otro sistema de actualización" convenido por las partes (art. 100, número primero), cambia totalmente la situación prohibitiva que pesaba respecto a los pactos de alteración de la cuantía de las rentas para las viviendas y locales de negocio, bien sean de la modalidad de cláusulas de estabilización, de revisión (voluntaria) o de elevación de la renta.

Con la legislación arrendaticia vigente, pues, se da un paso importante en la normalización de las relaciones contractuales locaticias, que vuelven a estar regidas por el clásico principio de la autonomía de la voluntad de las partes, al menos en cuanto al valor económico que es objeto de su prestación frente a una situación como era la anterior completamente de excepción y cargada de provisionalidad por su mismo signo negativo de la libertad fundamental que toda persona tiene en cuanto al ejercicio de su derecho de propiedad, cuando se practica bajo una conciencia de la responsabilidad individual y social.

En el caso que presenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1972, a pesar de que el ordenamiento arrendaticio reformado estaba ya en vigor al tiempo de contratar las partes del presente litigio (año de 1966), el arrendatario y sus letrados que lo guiaron en la defensa de sus pretendidos intereses y exigencias, fueron contra sus propios actos y desviaron la interpretación de las normas establecidas en la LAU vigente. Según el contrato de inquilinato celebrado en la villa de Madrid, el 30 de marzo de 1966, una sociedad anónima arrienda el piso segundo de la casa de su propiedad a un médico, bajo las siguientes condiciones: a) que en el caso de que el inquilino ejerciese una profesión abonará mensualmente al arrendador un suplemento de diez por ciento; b) que el expresado canon arrendaticio regirá durante el año de plazo convenido y primera prórroga, o sea, hasta dos años a partir de la fecha del contrato; c) que a partir de esta última fecha y cada dos años a partir de la misma, también se aplicará, caso de que el arrendatario hiciese uso de su derecho de prórroga. Pero, aquí el texto transcrito en la sentencia no es nada claro, ya que no sabemos si se está refiriendo al citado diez por ciento o a una cláusula de actualización de renta que más adelante se dice pactada en la cláusula tercera de las condiciones anexas al contrato de arrendamiento suscrito.

Acaecido el condicionamiento establecido por las partes en el contrato de arrendamiento de vivienda, ante el incumplimiento de lo prometido como pago por el arrendatario, se le demanda ante el Juez de Primera Instancia, número 27 de Madrid, el cual, en fecha de 19 de enero de 1971, estima la demanda y declara la legitimidad del aumento de renta en 3.452 pesetas mensuales, derivado de la cláusula de estabilización de la renta pactada en el contrato privado de arrendamiento contraído entre las partes con referencia a la vivienda y, en consecuencia, condenó al demandado a estar y pasar por

esta declaración y abonar a la entidad demandante el referido aumento de renta mensual, con efecto desde el primero de agosto de mil novecientos setenta, así como al pago de las costas.

Apelada la anterior resolución ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, ésta dicta sentencia con fecha ocho de julio de mil novecientos setenta y uno, confirmando la del Juzgado, sin hacer expresa imposición de costas en segunda instancia.

Contra lo ocurrido, el arrendatario interpone recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, el cual, con fecha 15 de febrero de 1972 dicta sentencia, en la que, además de considerar el defecto procesal en que incurrir el recurrente, pasa a analizar la cuestión de fondo sobre la renta del contrato de vivienda, estableciendo lo siguiente:

“CONSIDERANDO: Que en cuanto al segundo [motivo] amparado en la causa tercera del artículo 136 por violación del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, que tratándose de una cláusula de estabilización libremente pactada, al amparo de la libertad establecida por la Ley en la última parte del artículo cien, número primero, al consignar “si las partes no hubiesen convenido de modo expreso otro sistema de actualización”, su ejecución está fuera de los preceptos del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, que no le afectaba, ya que en su artículo sexto suspende la facultad conferida al Gobierno para determinar la aplicación de nuevos porcentajes de renta, es decir, los incrementos para cuya obligatoriedad era necesaria una disposición gubernativa, pero sin alcanzar su aplicación a los convenios de las partes que, según las disposiciones del Código civil, tienen fuerza de ley entre ellos, salvo que de modo preceptivo estén afectadas por disposiciones que las hagan ineficaces, pues la referencia del artículo cien, primero, de la Ley se contrae expresamente a la suspensión de la facultad de regular por Decreto la actualización de las rentas, en los casos en que para su efectividad sea necesaria tal disposición legal, pero no aplicable a los pactos válidamente establecidos, para consignar una cláusula de estabilización para llevar a cabo la actualización de la renta, razones que obligan a la desestimación del segundo motivo del recurso y como consecuencia la de éste, con costas por estimarse temeraria su interpretación.”

En definitiva, ante las alegaciones contradictorias del arrendatario recurrente, al afirmar que la elevación de rentas, en base a una cláusula de estabilización, no se ejercita un derecho reconocido en la LAU, ya que en esta Ley no se regulan en absoluto las cláusulas de estabilización, sino que simplemente las permite, sin que exista un artículo que establezca las pretendidas cláusulas, el Tribunal Supremo confirma la interpretación del artículo 100, en cuanto norma que las admite y abarca, del mismo modo que dilucida la inaplicabilidad del Decreto-Ley de 1967 respecto a las mismas por no estar expresamente incluidas en su alcance, y referirse tan sólo a los aumentos legales.

Sin embargo, según se vio, de la lectura de las cláusulas contractuales establecidas por las partes, no resulta que aquellas lo fueran de “estabilización”, puesto que la cuantía de la renta no se adecua a un índice valorativo, sino que parece cifrarse en un diez por ciento de la renta que se eleva periódicamente en favor del arrendador, desconectado de las alteraciones monetarias.

En vista de todos estos matices y cuestiones es de interés el examen más detallado de esta Sentencia, especialmente la distinción de las diversas cláusulas que suelen añadirse a los contratos de arrendamientos, la situación legal vigente respecto a ellas y el criterio de la jurisprudencia.

2. *La admisión y validez de las cláusulas de estabilización, de revisión y de elevación de renta en los arrendamientos de viviendas.*

Así como en la anterior legislación especial de arrendamientos urbanos no era viable un pacto de revisión, elevación o estabilización de la cuantía de la renta de una vivienda, por ir contra lo dispuesto en las normas imperativas de su determinación y fijeza, a partir de la legislación vigente y en base a su artículo 100, número primero, se reconoce que las partes pueden convenir de modo expreso otro "sistema de actualización".

La expresión no es muy acertada por lo que a la palabra "sistema" se refiere y hubiera sido preferible que nos hubiese hablado de "modalidad" o "modalidades" de actualización, que es lo que en realidad son. En cambio, hay que reconocer que el haber elegido el término "actualización", en vez de el de "estabilización", es más preciso, amplio y comprensivo de otras modalidades que no sean las concretas "cláusulas de estabilización" y de que puedan también entenderse incluidas las "cláusulas de revisión de renta" y las simples "cláusulas de elevación de renta", en la actualidad tan frecuentes después de que la LAU permite la libertad de dicha renta (art. 97).

Todas estas modalidades de cláusulas, bien de origen notarial, de asesorías o de gabinetes jurídicos de grandes empresas, concebidas para protegerse los propietarios de inmuebles de las alteraciones monetarias ocurridas durante el ejercicio de un contrato de tracto sucesivo como es el arrendamiento, se diferencian por su formulación, más o menos simple, hasta alcanzar una mayor complejidad y en función de una normativa legal aplicada a sectores diversos con un carácter total o parcialmente imperativo o ya dispositivo.

En la legislación arrendaticia anterior, debido al carácter imperativo establecido en cuanto a la no posibilidad de alterar la renta pactada en el momento inicial, hacía impracticable y negaba cualquier efecto a las cláusulas que se añadían en un contrato de inquilinato; tan sólo el resquicio dejado por su carácter dispositivo en cuanto a la posibilidad de renuncia al beneficio de la renta para el arrendamiento de los locales de negocio, dio paso a que la jurisprudencia pudiera reconocer como válidas ciertas cláusulas de revisión (S. 31 enero 1962) o ya anularlas (S. 24 junio 1971), siendo más bien la tónica general de recelo e inadmisión para las simples cláusulas de elevación de renta, en base a su unilateralidad y beneficio exclusivo del arrendador, así como por el efecto fraudulento que originaban al impedir la efectividad del beneficio de la prórroga forzosa en favor del arrendatario (SS. 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 2 febrero 1966 y 7 febrero 1970); no obstante, se haya admitido su validez en otros casos (SS. 16 octubre 1956, 18 febrero 1957, 17 junio 1964, 16 octubre 1965 y 18 febrero 1971).

Tan sólo las llamadas "cláusulas de estabilización" llegan a admitirse, tanto por la posibilidad de renuncia que se permitía al beneficio de la renta como porque a través de su vía indirecta se producía una transformación de la deuda pecuniaria en deuda de valor, la cual, por lo demás, implicaba un riesgo bilateral sin beneficio exclusivo para una de las partes, aunque la inflación persistente preveyese la adecuación en alza de la renta para el arrendador; no obstante, una deflación adecuaría la renta en beneficio del arrendatario. Debido a este efecto bilateral estabilizador, se produjo la admisión de las diversas modalidades de cláusulas de estabilización ("valor moneda oro", "valor moneda extranjera", de "escala móvil", etc.), no sin ciertas vacilaciones negativas, en principio, por la jurisprudencia (SS. 13 noviembre 1952, 25 enero 1955 y 3 marzo 1962) que concluyó por declarar su plena validez (SS. 28 noviembre 1957, 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 8 febrero 1967 y 26 noviembre 1968).

Con el texto refundido de la LAU de 1964 y su postura liberal, al admitir la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la estipulación de la renta, se hará posible la aplicación concreta de las cláusulas de estabilización y de las demás cláusulas de revisión y elevación, tanto para los locales de negocio como para las viviendas.

Mientras que en los ordenamientos arrendaticios anteriores a la LAU vigente tan sólo era posible una revisión de la renta por presupuestos legales concretamente establecidos, en el ordenamiento actual esta revisión puede tener lugar por dos vías: por disposición de la ley o por disposición de las partes, en base a una cláusula que se añade al contrato de arrendamiento.

Igual suerte de licitud vienen a correr las elevaciones de renta establecidas contractualmente; mientras que en la ordenación arrendaticia anterior carecían de validez y eficacia, en la LAU vigente todo propietario de vivienda puede arrendarla con una cláusula de elevación de su canon arrendaticio en el transcurso de su vigencia. Suele ser frecuente que dichas elevaciones lo sean en una cuantía porcentual, como del cinco por cien, del diez, del veinte y hasta del treinta por cien del precio inicial señalado, ya mensual o anualmente. La jurisprudencia, bajo los ordenamientos anteriores, que se mostró vacilante en cuanto a la validez de este tipo de cláusulas en los contratos de arrendamiento de locales de negocio, al declarar, bien su admisión (SS. 16 octubre 1956, 18 febrero 1957, 17 junio 1964) o su negativa (SS. 1 abril 1965, 2 febrero 1966 y 7 febrero 1970), concluirá definitivamente por aceptar su validez ante el giro del ordenamiento vigente (SS. 18 febrero 1971 y 15 febrero 1972), si bien con la consideración de que esta elevación se mantenga dentro de unos límites ecuanímenes y ponderados que no hagan ilusorio el beneficio de la prórroga forzosa.

Por lo que a la Sentencia del 15 de febrero de 1972 se refiere, y en base al texto de que disponemos, creemos que no quedan bien reflejados los términos empleados por las partes para establecer el aumento de la renta pactada. Según dejamos advertido más arriba, no resulta claro si la elevación querida era la de un diez por ciento cada dos años, a partir del término de la primera prórroga (lo que supondría una mera cláusula de elevación de renta), o bien se trataba de otra cláusula de estabilización que no se transcribe en los hechos de la Sentencia y que sólo se alude por el arrendador en su petición al Juz-

gado de Primera Instancia, al manifestar “que se declare que es legítimo el aumento de rentas de tres mil cuatrocientas cincuenta y dos pesetas mensuales, derivado de la aplicación de la cláusula de actualización de rentas pactada en la cláusula tercera de las condiciones anexas al contrato de arrendamiento suscrito entre demandante y demandado”, y que tanto el Juez de Primera Instancia como el Tribunal Supremo la juzgan como una cláusula de estabilización.

De todos modos la rectitud y justeza del fallo es evidente, dado que cualquier modalidad de cláusulas de actualización (de revisión voluntaria, elevación y estabilización) son posibles y válidas con arreglo a la LAU vigente.

3. *Las modalidades de actualización legal y voluntaria de la renta.*

Otro de los aspectos fundamentales que viene a ponerse en evidencia por la reciente Sentencia de nuestro Tribunal Supremo es la duplicidad de vías por las que la renta de un contrato de inquilinato puede actualizarse.

Según el artículo 100, número primero, caben dos posibilidades:

a) La primera es aquella que comprende a las viviendas y locales de negocio que se encuentren en período de prórroga legal, para los cuales el sistema de actualización —y aquí sí que se puede hablar propiamente de “sistema”, dada la complejidad y conjunto de normas que el legislador predispone en cuanto al tiempo, vejez de los edificios, etc.— se llevará a cabo mediante Decreto, aprobado por el Consejo de Ministros, aplicando a la renta revalorizada el índice ponderado fijado por el Instituto Nacional de Estadística; en una palabra, respondiendo a todo un sistema de actualización legal de la renta.

b) La segunda posibilidad de actualización de la renta, tanto de una vivienda como de un local de negocio, es la vía voluntaria permitida por el propio ordenamiento a las partes cuando “hubieren convenido de modo expreso otro sistema de actualización”. Otro sistema de actualización no es más que las diversas modalidades ya citadas de estabilización, revisión y elevación de la renta.

Los hechos que dan lugar a la Sentencia del 15 de febrero de 1972, que comentamos, nos advierten cómo la parte arrendataria desconoce la distinción de estas dos vías estabilizadoras o intenta sacar partido de la confusión por una vía fraudulenta de la que el propio Tribunal Supremo, sin mencionarla, tiene evidencia al estimar su temeridad e imponerle las costas, puesto que dicho arrendatario invoca las disposiciones de otro precepto legislativo, como es el Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, que congelaba ciertos precios, pero que no afectaba al contrato de inquilinato pactado, ya que dicha disposición se refiere tan sólo a la facultad conferida al Gobierno para determinar la aplicación de nuevos porcentajes de renta en aquellos arrendamientos que estén en situación de prórroga legal y en los que para determinar la cuantía de los incrementos y su obligatoriedad es necesaria una disposición gubernativa, pero no a los aumentos provenientes de un pacto privado ya

establecido con anterioridad que, como expresa el propio Tribunal Supremo, tiene fuerza de ley entre ellos y debe cumplirse a tenor del mismo, según dispone el ordenamiento civil común (art. 1.091 Código civil).

En definitiva, que con la LAU vigente las partes tienen varias posibilidades de actualizar sus rentas, bien acogiéndose a las revisiones legales dispuestas mediante los porcentajes que se establezcan, o ya por la vía voluntaria o pactada de establecer unas modalidades de actualización de la renta, como son las cláusulas de estabilización, las de revisión (voluntaria) y las de mera elevación.

JOSÉ BONET CORREA

II. SENTENCIAS

A cargo de
Rodrigo Bercovitz
Jesús Díez del Corral
Gaudencio Esteban Velasco
Gabriel García Cantero
Rafael García Villaverde
Ricardo Ruiz Serramalera

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general.

1. HERENCIA DE CONFIANZA EN NAVARRA: PRUEBA DE LA COSTUMBRE: *La sentencia recurrida afirma que la posibilidad de nombrar herederos fiduciarios ha sido desarrollada por la costumbre, según demuestra la práctica judicial y notarial, el informe que ha emitido el Colegio Notarial del territorio e, incluso, que se recoja como institución viva en todos los Proyectos recientes de Compilación.*

VALOR DE LA COSTUMBRE EN NAVARRA: *Constituye fuente de derecho en cualquiera de sus formas, incluso contra legem, por lo que, si por costumbre viene usándose esa fórmula especial de delegar en otros la elección de heredero, resulta evidente que el testamento que contenga tal cláusula no ha incurrido en causa de nulidad, por más que contradiga el C. c. o algunas leyes romanas. (Sentencia de 29 de abril de 1972; no ha lugar)*

2. VALOR DE LA DOCTRINA: RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN ERRÓNEA: *La sentencia recurrida no hace sino aplicar correctamente la normativa legal de la sociedad, sin que una opinión doctrinal pueda servir de base, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, para fundamentar en ella un recurso de casación. (Sentencia de 12 de abril de 1971; no ha lugar.)*

2. Derecho de la persona.

1. TÍTULO NOBILIARIO ARAGONÉS: *Hasta los Decretos de Nueva Planta dictados por Felipe V, la nación española estaba configurada por un conjunto de Reinos vinculados entre sí por la unión personal con el Monarca, pero con autonomía administrativa y legislativa y Cortes propias, cuya obra, con respecto a Aragón, se recoge en colecciones que van, por citar las más significativas, desde el Código de Huesca de Jaime I (1247) a la Sistemática mandada formar por Acto de Corte en las de Monzón de 1547; las disposiciones posteriores relativas a los títulos nobiliarios remiten a la legislación vigente con anterioridad al 14 de abril de 1931, sin modificación alguna de la ley privativa constituida por el título de su concesión, que es la norma básica a*

-que hay que atenerse; en el caso de autos el título se concede por Carlos II como Rey de Aragón, refrendado por las magistraturas aragonesas y sometido a su legislación, que en este punto no ha sido modificada, precisamente porque el mantenimiento de estos honores se debe exclusivamente a razones históricas típicas y privativas en cada uno de los antiguos reinos, que se frustrarían en su naturaleza si fueran regidos por disposiciones distintas a las que las determinaron, perteneciendo a un derecho público que no puede modificarse por cambio de domicilio.

DERECHO INHERENTE A LA PERSONALIDAD, PERO NO PERSONALÍSIMO: *Los títulos nobiliarios son derechos inherentes a la personalidad, y contribuyen a la identificación del titular en cada momento, pero no tienen carácter personalísimo ni se identifican con el nombre, pues en este caso se extinguirían con el primer titular, mientras que, por el contrario, salvo que en la carta de sucesión o ley particular se disponga otra cosa, son normalmente transmisibles.*

ORDEN DE SUCEDER: *Del título constitutivo no resulta un orden sucesivo de agnación rigurosa, de modo que no aparece obstáculo a la sucesión por vía femenina colateral.*

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: *En el derecho aragonés, con anterioridad al Apéndice foral de 1925, regía en materia de prescripción el Fuero VI «De prescriptionibus» del Libro VII del Código de Huesca de 1427, que establece que el que pacíficamente poseyera una heredad durante 30 años y un día, si pasado este tiempo se presentara alguno reclamándola podrá negarse con éxito la reclamación; prescripción a la que tanto los formalistas como la jurisprudencia reconocen el carácter de general y extraordinaria, debiendo entenderse por heredad todo aquello que es susceptible de transmitirse por herencia. (Sentencia de 1 de julio de 1972; ha lugar.)*

2. **VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO:** *No es posible hacer deducciones, con consecuencias anulatorias por vicios en el consentimiento, de hechos posteriores a la prestación del mismo, ya que ello quebrantaría toda la lógica del normal desarrollo del comercio y de la seguridad del tráfico comercial.*

CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS": *No cabe apoyarse en la doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto en relación con la cláusula «rebus sic stantibus» para reclamar, con ocasión de la devolución de cantidades aportadas en concepto de cuentas en participación, un incremento de las mismas equivalentes a la depreciación de la moneda ocurrida mientras que duraron las mencionadas cuentas, cuando, ni al formular la reclamación ni al firmar el documento de «finiquito», se hizo reserva de ningún género en dicho sentido. Además, al hacerse los recurrentes, por virtud de su aportación dineraria, partícipes de unos resultados prósperos o adversos, los beneficios de las actividades negocials cubren la depreciación del signo monetario, mediante la elevación de los precios actualizando la rentabilidad de lo aportado, pero no su cuantía, a no ser que expresamente se pacte o se determine en el momento de liquidar el negocio. (Sentencia de 3 de abril de 1971; no ha lugar.)*

3. CLÁUSULA "REBUS SIC STANTIBUS": *Es de aplicación esta cláusula a un contrato de suministro de energía eléctrica concertado en 1943 al precio de ocho céntimos kilovatio y once céntimos en los cuatro meses de estiaje por tiempo ilimitado, sobre las bases de un coste del fluido de siete céntimos kilovatio y de un consumo de cinco kilovatios mensuales, cuando posteriormente el coste ha pasado a ser de treinta y cuatro céntimos kilovatio y el consumo de tres mil doscientos sesenta kilovatios de promedio mensual, ya que estos aumentos de gastos y consumo deshacen el equilibrio contractual convirtiendo un contrato oneroso y conmutativo en una pesada carga económica para la compañía suministradora.*

Infringe la doctrina elaborada por nuestra jurisprudencia en torno a la cláusula "rebus sic stantibus" aquella sentencia que, apreciando su relevancia en un contrato de suministro, acude a su resolución cuando es posible restablecer el equilibrio económico de otra forma, como es la revisión del contrato instada subsidiariamente por la compañía suministradora en su demanda. (Sentencia de 28 de enero de 1970; ha lugar.)

NOTA: El interés de esta sentencia radica precisamente en esta aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus", por la que el Tribunal Supremo decide en su segunda sentencia la modificación del contrato, respetando su subsistencia: "acreditado en autos que el precio de coste del kilovatio es actualmente de treinta y cuatro céntimos y que cuando se celebró el contrato era de siete céntimos, obteniendo la Compañía un beneficio de tres céntimos, cuyo valor adquisitivo era diez veces superior al actual, procede declarar la revisión del contrato en el sentido de que doña... debe abonar a la Compañía... sesenta y cuatro céntimos por kilovatio consumido en época normal y setenta céntimos por kilovatio consumido durante los cuatro meses de estiaje". Fórmula de máxima prudencia con la que, sin duda, quedan respetados de la mejor forma posible todos los intereses en juego. R. B.

4. SIMULACIÓN RELATIVA: *Si bien es cierto que el artículo 1.276 del Código civil admite la validez de los contratos en que se expresa una causa falsa, cuando estén fundados en otra verdadera y lícita, no es menos cierto que para que tal nulidad relativa o simulación se produzca exige la prueba de la concurrencia de una causa real y jurídicamente protegible en el contrato disimulado. (Sentencia de 23 de noviembre de 1971; no ha lugar.)*

3. Derechos reales.

1. ARAGÓN: EDIFICACIÓN DE BUENA FE EN SUELO NO TOTALMENTE AJENO: *Es punto esencial no contradicho que la edificación se realizó, de buena fe y con dinero propio, sobre un solar que pertenecía en su mitad proindiviso en plena propiedad a la actora y en su otra mitad en nuda propiedad a los hijos, entre ellos el demandado que edificó, y en usufructo, por viudedad universal, a la propia actora.*

EDIFICACIÓN DE BUENA FE EN SUELO NO TOTALMENTE AJENO: *No cabe invocar aquí el artículo 479 del C. c., referente al derecho del usufructuario sobre*

Los aumentos que reciba por accesión la cosa usufructuada, ni los artículos 358, 361 y concordantes sobre edificación de buena fe en suelo ajeno, pues estos preceptos quiebran cuando el suelo sobre el que se edifica no es totalmente ajeno, o sea, cuando el que construye de buena fe es partícipe de alguna forma en la propiedad del solar: hipótesis no prevista en el Código civil.

ACCESIÓN INVERTIDA: *Este caso no previsto expresamente en el Código lo resuelve la jurisprudencia de esta Sala (SS. de 31 de mayo de 1949 y 17 de julio de 1961) aplicando conforme al artículo 6 del C. c. el principio general de derecho de que lo accesorio sigue a lo principal, de modo que, cuando el valor material del edificio es muy superior al del suelo, se invierten los términos y es el suelo el que debe ceder a lo edificado. (Sentencia de 19 de abril de 1972; no ha lugar.)*

4. Obligaciones y contratos.

1. **NOVACIÓN:** *Para distinguir entre la novación extintiva y la modificativa, hay que atenerse a la voluntad expresa o tácita que hayan exteriorizado las partes y a la significación económica del cambio que se introduzca en las obligaciones preexistentes. En los casos dudosos, se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación.*

NOVACIÓN MODIFICATIVA: *La fijación del saldo resultante de créditos, junto con la concesión al deudor de un nuevo plazo o prórroga para el pago de las deudas ya vencidas no implica en principio extinción de las obligaciones en cuestión, pues el plazo o las facilidades de pago sólo afectan a su ejecución y no a su constitución. (Sentencia de 6 de noviembre de 1971; no ha lugar.)*

2. **COMPENSACIÓN:** *Para la compensación no basta con probar la condición de acreedor en base a los artículos 1.158 y 1.210, número 2.º, sino que es preciso probar que el pago efectuado respondía a un crédito vencido, líquido y exigible, de acuerdo con los números 3.º y 4.º del artículo 1.196.*

RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *La interpretación de los contratos no puede constituir el error de hecho o de derecho del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, sino que se ha de amparar en el número 1.º de dicho artículo, citando el precepto imperativo de valoración de prueba que se reputa infringido. (Sentencia de 28 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

3. **INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS:** *El artículo 1.282 del Código civil sólo es aplicable cuando la intención de los contratantes no resulte clara de la literalidad de los términos del contrato; pero cuando en las palabras apa-*

rezca evidentemente el propósito del negocio correspondiente a la voluntad real y no susciten duda sobre la intención de los contratantes, es innecesaria la utilización de las diversas normas de investigación interpretativa que contiene el Código civil y es inadmisibile que el resultado patente de las palabras sea sustituido por una investigación encaminada a obtener otro de sentido distinto.

CASACIÓN: INTERPRETACIÓN: *Si bien es cierto que la función interpretativa puede ser combatida en casación, también lo es que debe ser respetada como facultad privativa de los juzgadores de instancia mientras sea lógica y no desorbitada la interpretación realizada. (Sentencia de 25 de mayo de 1971; no ha lugar.)*

4. **ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA DE DOCUMENTO PRIVADO:** *La jurisprudencia viene proclamando bien claramente y con reiteración que el artículo 1.279 del Código civil otorga a los contratantes una facultad para compelerse recíprocamente a la formalización de la escritura pública, aunque las partes no se hubieran comprometido a ello.*

PERJUICIOS Y COSTAS: *La declaración de inexistencia de perjuicios no es incompatible con la imposición de las costas de primer grado a los demandados cuando la declaración se refiere a perjuicios valorables independientemente de los ocasionados con el sostenimiento del pleito y la imposición de costas se hace por entender que aquéllos dieron origen con su temeridad a la promoción y prosecución del litigio.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTUOSA FORMULACIÓN: *Es defectuosa en casación la formulación del motivo que, amparándose en el número segundo del artículo 1.692 de la LEC, denuncia la violación por incongruencia del artículo 359 de la LEC, ya que no se comprende cómo puede cometerse una violación por incongruencia de dicho precepto.*

INCONGRUENCIA: *La falta de armonía o anfítesis entre dos pronunciamientos de la sentencia no constituye un supuesto de incongruencia, sino de disposiciones contradictorias, cuya existencia habrá de combatirse en casación utilizando la vía del número cuarto del artículo 1.692 de la LEC.*

CASACIÓN: ERROR DE DERECHO: *Si en casación se quiere hacer consistir el vicio de una sentencia en que "hay un verdadero error de derecho al no deducir las obligadas consecuencias a una confesión judicial de las partes demandadas, infringiendo con ello el artículo 1.232, apartado primero del Código civil", viene a confundirse el error de derecho en la apreciación probatoria, que exige vulneración de una norma valorativa de prueba, con la falta de enlace lógico entre un hecho probado y las consecuencias que de él deben deducirse, vicio éste que no puede combatirse por la vía del número séptimo utilizada, como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia.*

CONFESIÓN: *El párrafo primero del artículo 1.232 del Código civil valora la eficacia de la confesión judicial rendida por la contraparte y en cuanto pueda perjudicarla, y no la de la propia parte que recurre. (Sentencia de 30 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

5. CONTRATOS: REQUISITO DE FORMA: *El artículo 1.280 Código civil, "inter partes", sólo autoriza a que puedan compelerse recíprocamente a llenar la forma de documento público, según prescribe el artículo 1.279 del mismo Código. (Sentencia de 11 de mayo de 1971; no ha lugar.)*

6. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: BUENA FE: MOTIVO INCORPORADO A LA CAUSA: *Aunque no se pacte expresamente, es consecuencia acorde con la buena fe y de obligado cumplimiento para el vendedor, de acuerdo con el artículo 1.258 del Código civil, que la planta objeto de la venta reúna las condiciones mínimas exigidas por las Ordenanzas municipales para el establecimiento en la misma de un comercio cuando este motivo concreto perseguido por el comprador se ha incorporado a la causa de la compraventa.*

ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN: *La acción por la que se debe indemnización de daños y perjuicios por el deficiente cumplimiento de la obligación de entregar la cosa es distinta de la acción encaminada a obtener la rescisión del contrato o la rebaja proporcional del precio basada en el artículo 1.469 del Código civil. Por lo que su plazo de ejercicio no es el previsto en el artículo 1.472.*

INCONGUENCIA: *Viola el párrafo primero del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incurriendo en el vicio de incongruencia la sentencia que aprecia la prescripción de la acción cuando ésta no ha sido excepcionada por la parte demandada. (Sentencia de 17 de mayo de 1971; ha lugar.)*

7. CONTRATO FIDUCIARIO: VENTA DE FINCA EN GARANTÍA DE UN PRÉSTAMO: *Por el resultado total de las probanzas y elementos de juicio que se examinan, la sentencia recurrida ha llegado a la conclusión de que la escritura pública de compraventa envolvía en este caso un contrato fiduciario por el que se transmitía la plena propiedad de una finca con la finalidad de garantizar el pago de una deuda, pero con la obligación de retransmitir el inmueble al anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: *No puede alegarse la infracción del artículo 1.253 del C. c., pretendiendo sustituir el recurrente, el autorizado e imparcial criterio de la Sala de instancia por el suyo particular, especialmente cuando el fallo no aparece fundado, al menos exclusivamente, en la prueba de presunciones.*

FALTA DE INTERVENCIÓN EN EL PLEITO DE LA MUJER DEL COMPRADOR: ARTÍCULO: 1.407 Y 1.413 DEL C. c.: *La alegación del recurso consistente en el hecho de no haber sido demandada la esposa del recurrente y comprador es:*

cuestión totalmente nueva y que, como tal, ha de rechazarse, aparte de que no resulta necesaria su intervención en casos como el presente, según resulta de las SS. de 13 de marzo de 1964 y 26 de diciembre de 1970, máxime si se tiene en cuenta que conforme al artículo 60 del Código civil el marido es el representante legal de su mujer y ésta es la que en su caso podría alegar la anulabilidad de los contratos otorgados por el marido en perjuicio de sus derechos acusando la infracción del artículo 1.413 del Código civil. (Sentencia de 4 de abril de 1972; no ha lugar.)

8. CONTRATO COMPLEJO: VENTA Y PLANTACIÓN DE CEBOLLAS EN UNA FINCA DEL COMPRADOR: *Dirigida la acción a reclamar, no el cumplimiento de un simple contrato de compraventa, sino una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados en la ejecución de un contrato complejo de venta de cebollas para su plantación en una finca del comprador, con la previa e indispensable operación preparatoria del terreno aplicando el herbicida adecuado, que fue llevada a cabo, por técnicos de la entidad suministradora y demandada, en la indicada finca del demandante, el lugar en que ésta se encuentra enclavada, como sitio donde había de cumplirse el contrato y se ocasionaron los daños que se alegan debe ser —de acuerdo con la constante Jurisprudencia del T. S.—, el decisivo a los efectos de la discutida competencia. (Sentencia de 14 de febrero de 1972.)*

9. REVOCACIÓN DE DONACIÓN POR SUPERVIVENCIA DE HIJOS: *Esta revocación, lo mismo que la basada en la supervivencia de hijos, aunque parezca, según el artículo 644 del C. c., que se produce ipso facto, sin embargo, no es así, pues, como se deduce del artículo 646, que la declara prescriptible, y del 651 en cuanto a la devolución de los frutos, requiere que sea postulada por el donante o por sus descendientes legítimos.*

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: LEY DE ARBITRAJE: *La sentencia del Tribunal a quo estima que la sumisión al arbitraje sólo se pactó en la escritura de donación para el caso de pedir aumento o disminución de la pensión fijada, pero no para cuando se reclamara exclusivamente esta cantidad; y frente a esta interpretación no puede prevalecer la del recurrente, que no ha demostrado, de forma adecuada, que aquélla fuera ilógica, absurda o arbitraria.*

INCONGRUENCIA: *No supone incongruencia el hecho de que la sentencia no aludiera expresamente a las dos excepciones alegadas en la contestación a la demanda, pues es doctrina reiterada de esta Sala que no son incongruentes las sentencias que condenan al demandado conforme a lo solicitado en la demanda y por los hechos y alegaciones que en ella se formularon, aparte de que, en este caso, se deduce implícitamente del fallo la desestimación indiscutible de aquellas excepciones.*

ACCIÓN REVOCATORIA DE DONACIÓN: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: *Para que prosperase la alegada interrupción de la prescripción por reclama-*

ción extrajudicial, el recurrente hubiera debido demostrar—lo que no ha logrado—que las cartas que ha presentado vinculaban a la actora y donataria, bien por haber sido suscritas por ella, bien por persona que de ésta tuviera poder.

ACCIÓN REVOCATORIA DE DONACIÓN: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: *La sentencia impugnada ha entendido, además, que la naturaleza esencialmente judicial de dicha acción no permite otro motivo de interrupción que la efectiva pretensión judicial, aseveración ésta que encuentra apoyo en algún sector doctrinal y que no ha sido combatida de ninguna forma, por lo que siempre quedaría incólume, aunque no fuera ortodoxa. (Sentencia de 8 de marzo de 1972; no ha lugar.)*

10. **DONACIÓN “INTER VIVOS”:** *SU CAUSA: La Sala afirma que la donación «inter vivos» cuestionada tenía su causa en la pura liberalidad de los tios donantes a su sobrina y al no haberse acreditado esa ilicitud o inexistencia de la causa que se denuncia, ha de decaer el motivo que acusa la infracción de los artículos 1.275 y 1.276 del C. c., alternando los hechos que la sentencia declara probados y que no han sido combatidos en forma.*

DONACIÓN “INTER VIVOS” Y “MORTIS CAUSA”: *La sentencia impugnada sienta categóricamente que la entrega de la escritura de donación a la donataria equivale a una “traditio ficta” y opera la transmisión real de inmueble donado, cuya porción más importante—el piso superior—permanecía desocupado y a disposición y de la donataria y estas premisas, al no ser atacadas, permanecen inalterables y hacen inoperante el alegato de que la repetida donación encubría una donación “mortis causa”.*

DONACIÓN “INTER VIVOS” y negocio fiduciario: *Por las mismas razones han de decaer los motivos del recurso que, haciendo supuesto de la cuestión par-ten de la base de que la escritura envolvía un negocio fiduciario traslativo de dominio en garantía de la devolución de ciertos préstamos, en contra de lo afirmado por la Sala. (Sentencia de 27 de abril de 1972; no ha lugar.)*

11. **CONTRATO DE COMPRAVENTA: EXISTENCIA DE PRECIO:** *No puede admitirse que no intervino precio en el contrato de compraventa, y, por tanto, que éste no existe, cuando el mismo comprador retira parte de la mercancía adquirida, demostrando el compromiso adquirido con el vendedor.*

CONGRUENCIA: PAGO DE LO DEBIDO Y EXISTENCIA DE DAÑOS: *No existe incongruencia cuando el fallo cualitativamente se conforma con lo que la demanda solicita y cuantitativamente se reduce a una suma menor de lo pedido.*

RECURSO DE CASACIÓN: INADMISIBILIDAD POR FALTA DE EXPRESIÓN DEL “CONCEPTO” EN QUE SE HA COMETIDO LA INFRACCIÓN: *El artículo 1.720 de la LEC dice que en el escrito interponiendo el recurso se citará con precisión y cla-*

ridad, la Ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido, y el artículo 1.729, en su número 4.º, detalla que, el primero de los fallos formulados en el artículo anterior, o sea, el no haber lugar a la admisión del recurso, se decretará cuando no se hayan citado, con precisión y claridad, las leyes que se supongan infringidas y el concepto en que lo hayan sido. (Sentencia de 30 de junio de 1972; no ha lugar.)

HECHOS: En el pronunciamiento de la 1.ª instancia, substancialmente respetado en la segunda, se dice que la petición del actor lleva consigo el ejercicio de dos acciones, una encaminada al cobro de la mercancía (tomates) efectivamente retirada por el demandado, y otra de indemnización de perjuicios, por no retirar el resto a que venía obligado por el contrato, siendo de considerar, con respecto a la primera, que la prueba practicada evidencia que el demandado retiró de la finca del actor una cantidad de mercancía de la que no ha sido satisfecho, e igualmente se llega a la conclusión de que no ha retirado dicho demandado el resto del fruto, sin haber justificado debidamente su abstención a la recogida, por lo que, en consecuencia, ha incurrido en incumplimiento contractual y es responsable de la indemnización consiguiente. Aun cuando en el suplico de la demanda se solicita una cantidad fija a satisfacer al actor, el Juzgado condena a pagar ésta cantidad por los dos conceptos que se describen.

12. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *Es doctrina reiteradísima del T. S., en contemplación del sentido y alcance interpretativo que debe tener el artículo 1.124 del C. c., que la indemnización de daños y perjuicios no va ineludiblemente ligada al incumplimiento contractual.*

RESARCIMIENTO DE DAÑOS: EFECTIVIDAD DE SU EXISTENCIA: *No puede apreciarse una falta de rentabilidad (o cualquier otra semejante) cuando no hay una base sólida y suficiente para tener como demostrado un perjuicio real y efectivo, ya que para la efectividad del resarcimiento es preciso que se demuestre su realidad, sin que, por ende, pueda fundarse en supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre.*

LUCRO CESANTE: PRUEBA DE SU REALIDAD: *También tiene declarado el T. S. con reiteración, que para el éxito de una acción sobre daños y perjuicios, en cuanto éstos se refieran a la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, o sea, al «lucrus cessans», debe probarse que realmente se han dejado de obtener y, por tanto, no han de ser dudosos y contingentes, debiendo ser, por otra parte, consecuencia necesaria del incumplimiento. (Sentencia de 27 marzo de 1972; ha lugar.)*

13. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE COMPRAVENTA: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *No corresponde la indemnización de daños y perjuicios cuando, de acuerdo con el resultado de la prueba practicada, no fueron acreditados ni en cuanto a su realidad ni en cuanto a su alcance, lo que constituye su base indispensable, según ha proclamado con reiteración la doctrina del T. S.*

RECURSO DE CASACIÓN: EXISTENCIA DE CONTRATO: *Es inoperante el alegato de inaplicación de los artículos 1.261, 1.290 y 1.256 del C. c., cuando el juzgador parte precisamente de la existencia de un contrato, respecto del cual, de acuerdo con lo pedido en su momento oportuno por la demanda y tal como resultó de la apreciación de la prueba, existen datos y elementos que obligan a su resolución.*

RECURSO DE CASACIÓN: INADMISIÓN: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Se procede incorrectamente desde el punto de vista procesal cuando en ningún motivo del recurso se indica el concepto de la infracción denunciada en relación con las normas valorativas de prueba contenidas en los artículos 1.225, 1.218, párrafo 2.º, y último inciso del 1.228, todos ellos del C. c., lo que es contrario a la exigencia de claridad y precisión del artículo 1.720 de la LEC, incidiendo en la causa de inadmisión del número 4 del 1.729 del mismo Cuerpo legal, que en éste trámite, lo es de desestimación. (Sentencia de 30 de junio de 1972; no ha lugar.)*

14. CONTRATO DE COMPRAVENTA: PACTO DE RENUNCIA A RESOLVERLO POR FALTA DE PAGO: *La facultad de resolver las obligaciones recíprocas a que el artículo 1.124 del C. c. se contrae, constituye un derecho potestativo para su titular, que como tal es renunciable con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 4 del referido Código, cuando no existe interés de orden público alguno que contradiga la voluntad de las partes.*

CONGRUENCIA: SOLICITUD ALTERNATIVA DE LA RESOLUCIÓN O CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: *Al solicitarse por el actor no sólo la resolución del contrato litigioso, sino también y de forma alternativa o subsidiaria, su cumplimiento, el acuerdo judicial que desestima la primera de estas peticiones y concede la segunda, no interpreta erróneamente, sino en forma correcta, el artículo 1.124 del C. c., según se desprende del contenido de las SS. de 6 de febrero de 1912, 11 de enero de 1949 y 19 de diciembre de 1959. (Sentencia de 7 de abril de 1972; no ha lugar.)*

15. VENTA DE INMUEBLE POR PRECIO ALZADO: FALTA DE EXPRESIÓN DE LOS LINDEROS: *Si bien es cierto que con arreglo al párrafo 2.º del artículo 1.471 del C. c., la expresión de los linderos es indispensable en toda enajenación de inmuebles, también lo es que esta exigencia no la circunscribe la Ley a la venta de un fundo hecha por precio alzado y que su inobservancia en el documento en que se formalice el contrato no es suficiente, por sí sola, para transformarlo en una compraventa con precio determinado a razón de un tanto por unidad de medida o número ... porque aun cuando en la descripción de un inmueble, compuesto de múltiples fincas agrupadas, no se expresaran los linderos de todos los predios o parcelas integrantes del objeto del contrato, no puede olvidarse, por una parte, que dichas fincas están perfectamente identificadas y deslindadas físicamente, y, por otra, que en el momento de perfeccionarse el negocio existía la "posibilidad de concretar y determinar*

las condiciones precisas de identificación mediante los correspondientes trabajos de replanteo y comprobación» (según se determina en el propio contrato suscrito por las partes), habiéndose patentizado «la precisa individualización de las fincas vendidas, como un conjunto homogéneo, constitutivo de un ente físico real con existencia material y perfectamente determinado».

NOVACIÓN: MODIFICACIÓN DE CONDICIONES ACCESORIAS DEL CONTRATO: *Si bien con arreglo al artículo 1.203, número 1.º, del C. c., la variación de condiciones accesorias no implica novación en sentido estricto, o sea, novación extintiva, sí entrañan, desde luego, modificación de la obligación primigenia, esto es novación meramente modificativa.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Es uniforme la doctrina del T. S., según la que ha de estarse a la interpretación del negocio jurídico sentada por el juzgador «a quo», salvo que en casación se demuestre que es notoriamente equivocada, arbitraria o absurda.*

ERROR DE DERECHO: NATURALEZA: ARTÍCULOS 1.259 Y 1.383 DEL C. c.: *Es doctrina repetida del T. S. que el error de derecho en la apreciación de la prueba que se acuse al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, ha de aparecer fundado precisamente en la vulneración de alguna regla valorativa de las probanzas, y no participan de esta naturaleza el artículo 1.259 del C. c. ni el artículo 1.383 del propio Código.*

RECURSO DE CASACIÓN POR INFRACCIÓN DE LEY: INADMISIÓN POR FALTA DE PRECISIÓN Y CLARIDAD: *Un motivo del recurso incurre en falta de precisión y claridad en la cita del artículo que se denuncia como infringido y en la del concepto en que haya podido serlo, cuando no se concreta cuál es el precepto de los contenidos en los párrafos que lo integran el que se estima conculcado y se aduce que ha sido infringido, a la vez, «por aplicación indebida y por interpretación errónea», sin perjuicio de que luego, en el desarrollo del motivo, se alegue que el concepto de la infracción es el de «interpretación errónea o aplicación indebida»; esta falta de precisión y claridad incluida como causa de inadmisión en el número 4.º del artículo 1.729 en relación con el párrafo 1.º del 1.720 y número 1.º del 1.692, todos de la LEC, en la fase decisoria del recurso queda convertida en de desestimación, según la constante doctrina jurisprudencial. (Sentencia de 21 de abril de 1972; no ha lugar.)*

16. PRECIO ALZADO EN LA VENTA DE UN INMUEBLE: *Cuando la venta del inmueble no es como cuerpo cierto, sino a razón de un precio por unidad de medida, acordándose a manera de evaluación anticipada un precio alzado que posteriormente se revela como superior al resultante de la medición, será este último el válido para la ejecución del contrato. Por lo que no incumple el comprador que se niega a pagar dicho precio alzado excesivo.*

INTERPRETACIÓN: *En la aplicación del artículo 1.285 deberán salvarse las contradicciones entre diversas cláusulas a favor de las que por su claridad no ofrezcan dudas sobre su sentido. (Sentencia de 9 de octubre de 1971; ha lugar.)*

17. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: COMPRAVENTA A PLAZOS: *La cláusula introducida en un contrato de compraventa a plazos por la que el comprador se somete a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid con renuncia expresa a cualquier otro fuero no puede quedar enervada por lo preceptuado en el artículo 14 de la vigente Ley de ventas a plazos de 17 de julio de 1965 dado su carácter irretroactivo, en relación con la fecha del contrato mencionado. (Sentencia de 13 de noviembre de 1970; competencia.)*

18. VENTA DE INMUEBLE: VICIOS: *La acción por la que el comprador pide la ejecución de las obras determinadas en el proyecto que sirvió de base a la construcción de la vivienda y que parcialmente no han sido realizadas es distinta de las previstas en los artículos 1.484 y siguientes del Código civil, por lo que no está sometida al plazo previsto en el artículo 1.490 para su ejercicio, sino al plazo general de prescripción de quince años, previsto en el artículo 1.964 del Código civil para las acciones personales que no tengan señalado término especial. (Sentencia de 18 de noviembre de 1971; no ha lugar.)*

18. bis. SANEAMIENTO POR VICIOS: *No cabe confundir con las acciones redhibitoria y " quanti minoris " aquella acción por la que se exige al vendedor la realización de reparaciones en un inmueble derivadas de defectos en la construcción, ya que con dicha acción no se opta por una resolución del contrato, ni por una rebaja proporcional del precio, sino que, al amparo de las normas generales establecidas en los Títulos I y II del Libro IV del Código civil, se persigue simplemente el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el vendedor.*

Los artículos 1.484 y 1.490 del Código civil resultan inaplicables en aquellos supuestos en que la demanda no se dirige a obtener reparaciones provenientes de los vicios ocultos de la cosa vendida, sino las derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual.

RUINA DE UN EDIFICIO: *El artículo 1.591 del Código civil es aplicable no sólo a los casos de destrucción total o parcial de la obra realizada, sino también a aquellos otros en que se estime la existencia de graves defectos de construcción que puedan ocasionar su pérdida, de no ser oportunamente reparadas.*

CONGRUENCIA: *El principio jurídico procesal de la congruencia exige no sólo la concordancia y armonía entre las pretensiones oportunamente deducidas en los escritos iniciales del pleito de que se trate y la parte dispositiva de la resolución judicial que le ponga fin, sino también que el Tribunal sentenciador no se separe de las cuestiones de facto y de iure que los litigantes hayan sometido a su conocimiento, ni altere la causa de pedir transmutándola por otra distinta porque, de otra forma, quedarían alguno o todos los conten-*

dientes sin la posibilidad de rebatir los problemas no aducidos, ni de practicar prueba sobre ellos, con su consiguiente indefensión, infringiéndose los aforismos "Sententia debet esse conformis libello" y "Ultra quod in iudicium deductum est, potestas iudicis excedere non potest". (Sentencia de 28 de noviembre de 1970; no ha lugar.)

NOTA: La distinción, en el caso contemplado por la Sentencia (los compradores exigían a los vendedores promotores la impermeabilización adecuada del inmueble), no parece sostenible. Las reparaciones derivan sin duda de vicios ocultos. En cambio, sí que parece adecuada la distinción entre una acción encaminada a exigir el cumplimiento de la obligación (reparación) y las acciones redhibitoria y "quanti minoris".

19. CASACIÓN: INTERPRETACIÓN: *En casación es inviable el motivo que pretende hacer prevalecer una interpretación distinta de los documentos aportados cuando se alega el error de derecho recogido en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la LEC, dando como infringidos por violación los artículos 1.218 y 1.225 del Código civil.*

SANEAMIENTO DE LA COSA VENDIDA: *No cabe hablar de evicción parcial, ni error en la sustancia de la cosa objeto del contrato, ni de incumplimiento de la obligación por parte del que enajenare terrenos no susceptibles de edificación de hacer constar en el correspondiente título el Plan u ordenación que lo impidiese, cuando existía libertad de edificación en la zona donde se sitúa el solar litigioso al tiempo de perfeccionarse la compraventa.* (Sentencia de 10 de marzo de 1971; no ha lugar.)

20. GRAVAMEN OCULTO: LEY DEL SUELO: *Para aplicar el artículo 50 de la Ley del Suelo es preciso que los gravámenes existentes deriven de un Plan de Urbanización aprobado definitivamente, no siendo suficiente un anteproyecto por el que resulte afectado el terreno vendido. En este último caso, el vendedor no está obligado a hacer constar en la escritura de opción de venta tal circunstancia, ni nace para el comprador la acción resolutoria del contrato que concede el precepto invocado en caso de no dejar tal constancia.* (Sentencia de 28 de diciembre de 1970; ha lugar.)

21. COMPRAVENTA: VICIOS OCULTOS: *El hecho de que una máquina haya sido vendida con anterioridad a otra persona no puede ser base para ejercer la acción redhibitoria, al no quedar probado su uso por aquélla, ni la existencia de vicios como resultado del mismo.*

COMPRAVENTA: ERROR: *El continuado uso de la máquina adquirida durante un período de tiempo superior al año, abonando los distintos plazos del precio aplazado evidencia la inexistencia de un consentimiento viciado por parte del comprador.* (Sentencia de 3 de julio de 1971; no ha lugar.)

22. MISIÓN DE LOS TRIBUNALES: *Conforme a lo dispuesto en los principios constitucionales y en las leyes orgánicas, la misión de los Tribunales de Jus-*

...ticia no es la de emitir informes sobre temas jurídicos, o evacuar consultas sobre problemas abstractos de carácter doctrinal, sino juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, condenando o absolviendo como ordena el artículo 524 de la Ley Procesal, en relación con las peticiones que fijen con claridad y precisión los litigantes para la protección de un derecho determinado o un bien concreto, y en su virtud debió desestimarse la demanda en la que se pedía que se determine la clase de contrato que une a las partes.

PETICIÓN OPTATIVA SOBRE EL TIPO DE CONTRATO NO RECHAZADA EN LA INSTANCIA: *Las peticiones de la demanda no se formulan de modo subsidiario, sino libremente optativo, dejando a la libre decisión de los tribunales de instancia la elección de considerar un contrato de empenyament, regido por la Compilación de Cataluña, o una compraventa con pacto de retro regida por el Código civil, figuras jurídicas que si bien coinciden esencialmente en su origen y finalidad, pues ambas derivan del pacto romano de retrovendendo y ambas van encaminadas a facilitar al vendedor la recuperación de lo vendido mediante la devolución del precio, gastos y mejoras, pero tienen diferencias sustanciales, referentes principalmente al modo de tratar el plazo, que tienen gran trascendencia a los efectos del contrato y no pueden confundirse.*

RETRACTO CONVENCIONAL: LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RETRAER: CARENCIA DE INTERÉS: *Si el interés es el móvil de la acción es lógico que carezca de ésta quien se ha desprendido de aquél; la prueba practicada acredita cumplidamente que el actor, al intentar el retracto carecía de titularidad y derecho alguno sobre la finca, por haberla enajenado a "Financieras Reunidas, S. A.", que a su vez la vendió a la constructora "Nueva Esperanza", sin que el vendedor se reservara derecho alguno, enajenación que comprendía todos los derechos que correspondían al vendedor sobre la finca conforme al artículo 1.511 C. c. (Sentencia de 23 de marzo de 1972; no ha lugar.)*

23. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE VETERINARIO: RECONOCIMIENTO DE DEUDA: IRRELEVANCIA DE LA EXISTENCIA DE SOCIEDAD PRIVADA PARA EL CARÁCTER INDIVIDUAL DE LA DEUDA: *El documento básico de la acción constituye un reconocimiento de deuda, en su fecha, a favor del recurrido, y en que aparece como deudor único y a título personal el recurrente, que en el mismo se declara propietario del matadero de aves, aunque añade que formó una sociedad privada con otros para su explotación; sin que sea obstáculo para ello que constituyera tal asociación, y de ello tuviera conocimiento el actor, pues los servicios fueron prestados muy anteriormente.*

INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: *El documento que sirve de sustentación a la demanda es un reconocimiento de deuda en el que no intervinieron los otros señores que el demandado manifiesta ser sus socios. Al no haberse acreditado, ni que éstos se obligaran al pago, ni que la deuda fuera de dicha asociación privada, no había por qué demandar ni a unos ni*

a otra, siendo inaplicable la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario. (Sentencia de 7 de abril de 1972; no ha lugar.)

24. SOCIEDAD IRREGULAR; NORMAS APLICABLES: *Si el contrato de sociedad no elevado a escritura pública o no registrado debidamente es válido entre los interesados, ya que con arreglo al mismo ha de regirse aquélla por los pactos entre ellos establecidos, cuando el mismo se haya celebrado con los requisitos esenciales del Derecho, no deben afectar a éstos los demás preceptos que, para las sociedades mercantiles, se contienen en el C. Com., y mucho menos aquellos que hacen relación con la resolución de las Compañías legal y formalmente constituidas, por lo que, cuando aquel cuerpo legal no prevé normas adecuadas a tales efectos ha de acudirse a las del C. c., como supletorio que es a virtud del artículo 50 C. Com., sin perjuicio de las normas especiales que en el aspecto externo se contienen en este Código en las relaciones de la Compañía con los terceros.*

OBLIGACIÓN DE APORTAR; LEGITIMACIÓN PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO: *No cabe la aplicación del artículo 170 C. Com. porque la facultad en él establecida es propia de la Compañía y no exclusivamente de un socio y porque esa Compañía ha de estar constituida con todos los requisitos legales y formales que la Ley exige. (Sentencia de 12 de febrero de 1971; no ha lugar.)*

25. RESOLUCIÓN DE SOCIEDAD CIVIL DE "TIPO PARTICULAR"; RESTITUCIÓN DE FRUTOS Y GANANCIAS; DETERMINACIÓN: *Cuando la Sentencia no fija la cantidad, ésta ha de determinarse por los trámites que, para la ejecución de sentencia, disponen los artículos 932 y siguientes de la LEC.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Es sabido que, por regla general, la interpretación de los contratos es materia reservada a los Tribunales de instancia, y sólo se puede ir, con éxito, en casación contra ella, cuando la exégesis resulta ostensiblemente equivocada o errónea, haciendo insostenible el fallo dictado, por infringir un precepto legal interpretativo.*

RECURSO DE CASACIÓN; VIOLACIÓN POR NO APLICACIÓN DEL ART. 1.281 DEL C. c.; INADMISIÓN: *No puede ser admitido un motivo cuando no se expresa si el párrafo infringido es el primero o el segundo de que dicho artículo se compone, ni se precisa si la infracción es del elemento "literal" (palabras) o del "lógico" (intención) del contrato, faltándose así al número 6.º del artículo 1.729 de la LEC.*

APLICACIÓN INDEBIDA DE UNA NORMA: *No cabe aplicación indebida de una norma cuando se declara "de facto" que no existen las debidas condiciones para aplicar el precepto.*

CUESTIÓN DE HECHO; APRECIACIÓN: *El elemento fáctico de la "litis", según se ha dicho en múltiples ocasiones, es fijo e inmovible. (Sentencia de 24 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

26. INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: CONTRATO DE SEGURO: *La interpretación de los actos jurídicos, según los artículos 1.285 y 1.282 C. c., deberá hacerse sistemáticamente valorando unas con otras las cláusulas pactadas, atribuyendo a las dudosas el resultado del conjunto de todas y además atendiendo a los actos coetáneos y posteriores al acto mismo. La labor de hermenéutica del Juzgador de Instancia está amparada por la uniforme doctrina de este T. S. en el sentido de que habrá de prevalecer sobre la personal e interesada de los litigantes, salvo que se pruebe que es ilógico, absurda o incongruente.*

VIOLACIÓN DEL ART. 1.255 DEL C. CIVIL: *El precepto que se denuncia infringido no contiene el pacto que se aduce ("pacta sunt servanda"), ya que se limita a recoger el llamado dogma o principio de libertad contractual o de autonomía de la voluntad.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *El error de hecho en la apreciación de las pruebas, que se dice resultar de la póliza suscrita, debe desestimarse, porque el alegado documento carece del indispensable requisito de autenticidad a los fines de la casación civil en que se utiliza, sin que, por otra parte, sirva por sí solo para evidenciar —sin ulteriores razonamientos— lo contrario de lo sostenido por el Tribunal "a quo"; en segundo término, la sentencia recurrida no empleó sólo este medio probatorio, sino que valoró y apreció en su conjunto todos los que pudieron ser utilizados, por lo que no es posible desarticularlo en casación con el uso parcial y aislado de uno solo de aquellos. (Sentencia de 15 de marzo de 1971; no ha lugar.)*

27. FUERZA MAYOR: *El concepto de fuerza mayor excluye toda posibilidad de prever y evitar el evento anulando la voluntad humana, o, como se decía en el Derecho romano, "consilio humano neque provideri, neque vitari potest".*

RECURSO DE CASACIÓN: CARÁCTER UNITARIO DEL RECURSO: *Constituyendo un todo unitario el recurso, hay que relacionar unos motivos con otros por virtud de su finalidad común, sin que el orden de colocación pueda influir en el resultado.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *Es defecto de técnica de formulación del recurso al agrupar indebidamente dos tipos de error en la apreciación de la prueba, que, aunque agrupados en el mismo número del artículo 1.692 LEC, son dos instituciones o causas de casación perfectamente diferenciadas que, por ello, no pueden agruparse por prohibirlo el artículo 1.720 de la propia Ley. (Sentencia de 20 de octubre de 1971; no ha lugar.)*

La sentencia condenatoria había fundado su fallo en que la riada ocurrida la noche del 12 al 13 de noviembre de 1961 en el Nervión, ría de Bilbao, fue de carácter extraordinario, pero no imprevisible, sino que fue aumentando

durante tres días y los capitanes de otros buques que, además del "C", se encontraban surtos en la misma ría ordenaron reforzar amarras en sus respectivos barcos, debido a la riada que se preveía. Gracias a dicha previsión, barcos que se encontraban en parajes más peligrosos pudieron salvar el peligro con menos defensas que el "C" que estaba mal aconchado, despegada la proa formando ángulo y este atraque defectuoso contribuyó al fallo de sus amarras, así como el que al costado de babor que estaba al lado de la ría estuviesen arboleadas una cabria y un remolcador utilizados por la empresa "N" para sus trabajos en el buque "C", por la resistencia que oponían a la corriente y que nada se hizo para modificar la situación, a pesar de haberse previsto el peligro por la empresa "N" y su capitán de dique.

28. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LESIONES EN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: RESERVA DE LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL: INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA: *Dado que la causa de pedir en el juicio civil es ajena y distinta a la que resolvió la sentencia penal, que expresamente la dejó fuera de lo resuelto, no puede producirse la cosa juzgada por falta de coincidencia en las causas de la reclamación.*

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: COMIENZO: *Reservada la acción para cuando fueran conocidos los efectos totales de las lesiones sufridas por el actor, hasta el mes de mayo de 1969 en que fue dado de alta de tales lesiones con la incapacidad que produjeron, no pudo empezar el plazo para la prescripción de la acción; y ejercitada la acción en abril del año siguiente, no había transcurrido el año señalado por el artículo 1.968. (Sentencia de 19 de abril de 1972; no ha lugar.)*

29. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: MUERTE POR ELECTROCUTACIÓN: CONDENA DE LOS COPROPIETARIOS A PAGAR UNA INDEMNIZACIÓN POR QUINTAS PARTES: *El artículo 1.902 C. c. es ajeno a la cuestión de distribuir entre los responsables la cuantía de la indemnización, por cuya razón no puede decirse que ha sido indebidamente aplicado.*

INCONGRUENCIA: *Al solicitarse en el escrito de réplica que se declare herederos abintestato de los hijos fallecidos a sus padres, no sólo se variaron los términos esenciales del debate, sino que se introdujo en la litis una nueva acción, y al resolver el Tribunal de instancia conforme a tan extemporánea como improcedente pretensión, incurrió en incongruencia.*

CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: *El acto de conciliación no tiene la cualidad de documento auténtico para demostrar el error de hecho. (Sentencia de 14 de marzo de 1972; ha lugar.)*

30. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: INTRUSIÓN EN CANTERA: USOS DE LA ZONA: *Se declara probado que la actual recurrente efectuó la explotación de la cantera de mármol, en el límite que la separa con la del actor, sin atenerse a las reglas técnicas que presiden esta clase de aprovechamientos, es decir,*

de forma horizontal o faldeando el monte en que ambas están ubicadas, de Oeste a Este, en lugar de hacerlo desde abajo, o sea, desde los valles hasta la cima del barranco, como es costumbre en aquella zona, con lo que se intrusó en la del actor e hizo suyo el mineral que a éste pertenecía. (Sentencia de 12 de abril de 1972; no ha lugar.)

5. Derecho de familia.

1. ACUMULACIÓN DE ACTUACIONES: MEDIDAS PROVISIONALES POR SEPARACIÓN CONYUGAL: *Ha de descartarse toda alegación de competencia territorial, visto lo dispuesto por los artículos 1.884 y 1.892 de la LEC, y resolverse la cuestión por las sumarias normas sobre acumulación de autos prescritas por los artículos 160 y ss. de la propia Ley, y concretamente por el artículo 171, regla 2.ª, que ordena la acumulación de los autos más modernos a los más antiguos.*

FIJACIÓN DE LA ANTIGÜEDAD DE LA PETICIÓN: *Por la remisión contenida en el artículo 1.892, párrafo 2.º, el Juez que acordó las primeras medidas prolonga su jurisdicción hasta conocer de aquellas que se pretenden después de interpuesta ante el Tribunal Eclesiástico la demanda de separación; por tanto, hay que atender no a las fechas en que marido y mujer solicitaron la adopción de las medidas provisionales del artículo 1.886, sino a la fecha en que se pidió por la esposa la aplicación de las primeras medidas provisionales al amparo del artículo 1.881. (Sentencia de 6 de junio de 1972; ha lugar la acumulación.)*

2. ALIMENTOS DEFINITIVOS Y SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES: *La separación de hecho libremente aceptada entre los esposos, si bien implica una situación anómala, incompatible con los deberes del artículo 56 del C. c., no por ello les priva de un modo genérico del derecho de recibir alimentos de su consorte, porque ni el artículo 56 ni el 143, 1.º, condicionan la deuda alimenticia a la obligación de vivir juntos o a que la separación se haya decretado judicialmente.*

ALIMENTOS DEFINITIVOS Y SEPARACIÓN DE HECHO: *La circunstancia de no acudir a la vía judicial para recabar la separación del matrimonio no justifica la pérdida del derecho a alimentos, pues puede obedecer al deseo de no causar perjuicios familiares.*

ALIMENTOS DEFINITIVOS Y SEPARACIÓN DE HECHO: *La jurisprudencia de esta Sala ha reconocido reiteradamente el derecho a alimentos, no obstante la mera separación de hecho, cuando ésta ha sido mutuamente consentida y no existen méritos para estimar que el que los solicita los hace derivar de una situación ilícita o contraria a derecho; y esta doctrina ha de aplicarse a este caso, en el que está probado que fue el marido quien abandonó el domicilio conyugal. (Sentencia de 17 de junio de 1972; no ha lugar.)*

NOTA: La trascendencia jurídica que, pese a su ilicitud, viene predicando la doctrina de la separación de hecho entre los esposos tiene su reflejo en esta S.T.S., en la que lo más llamativo es que un considerando reconozca, sin reparo, los perjuicios familiares a que pueda dar lugar el acudir a la vía judicial (!). Aunque sea cierto, es descorazonador que el propio T. S. admita este hecho.

Por otra parte, sería curioso saber qué pasaría en este caso si el marido opta por prestar los alimentos en su propia casa (art. 149 del C. c.), es decir, reintegrándose al domicilio conyugal, cumpliendo, además, con ello el deber de convivencia del artículo 56. ¿Habría obstáculos de tipo moral, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, para impedir este derecho de opción? ¿Sería bastante, a estos efectos, el abandono anterior del domicilio, aunque la mujer no inste la separación legal? J. D. C.

3. LICENCIA MARITAL: PRUEBA DE SU EXISTENCIA: *Tratándose de un documento privado por el que la esposa, por sí sola, se da por pagada en dinero recibido de sus hermanos de la parte que le correspondía en las herencias paterna y materna, el juzgador deduce la existencia de licencia marital, ya se trate de autorización o confirmación, del hecho de vivir juntos los cónyuges en el mismo lugar donde radicaban los bienes y negocios de la herencia, en trato continuo y familiar con sus cuñados durante treinta y veintitrés años, respectivamente, desde el fallecimiento de los padres políticos, sin protesta, oposición ni intervención alguna en aquellos negocios, ni petición de cuentas de la gestión: hechos que, al no ser impugnados, deben ser respetados. (Sentencia de 22 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

4. IMPUGNACIÓN DE LA LEGITIMIDAD: *Ni el documento privado reconocido por la esposa ni el documento de la Policía, ambos interpretados por las sentencias, llegan a probar en modo alguno la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento.*

IMPOSIBILIDAD FÍSICA DE ACCESO CARNAL: *Esta imposibilidad ha de proceder, según la doctrina científica, coincidente con el criterio de esta Sala, del alejamiento permanente del esposo, en el extranjero o en establecimiento de reclusión, o de impotencia probada. (Sentencia de 10 de abril de 1972; no ha lugar.)*

NOTA: Hay que tener en cuenta que el caso en cuestión lo resuelve esta Sentencia sobre la base de que ha quedado probada la convivencia de los esposos hasta ocho meses antes del alumbramiento. Por tanto, no tiene otro valor que el de un *obiter dictum* el concepto restrictivo que se menciona de la imposibilidad física de acceso, que, por cierto, no coincide con la doctrina científica que aboga por la admisión de las pruebas médicas (vid. últimamente, Rivero Hernández: "La presunción de paternidad legítima", *Tecnos*, 1971, especialmente págs. 489 y ss.), ni con el criterio del propio T. S., que ha admitido sin empacho la ausencia del marido en otra ciudad española (cfr., entre otras, la S. T. S. de 21 de abril de 1970). J. D. C.

6. Derecho de sucesiones.

1. CARÁCTER PERSONALÍSIMO DEL TESTAMENTO EN DERECHO COMÚN: *Este principio romano de tan larga y constante tradición en nuestro Derecho común, apenas alterada por el Fuero Real, ha sido recogido en el artículo 670 del C. c., sin que existan más excepciones a este principio que las de las sustituciones pupilar y ejemplar, de modo que queda prohibida la figura del fiduciario o heredero de confianza, por razones obvias de peligrosidad en la posible suplantación de la auténtica voluntad del testador.*

NULIDAD DEL TESTAMENTO ABIERTO: SU INTERPRETACIÓN: *No combatida por el cauce adecuado, queda en pie la interpretación realizada por el Tribunal a quo en el sentido de que se trata de una herencia de confianza, y deben decaer los motivos del recurso que alegan se trata de una institución de heredero pura y simple, junto con una recomendación o ruego. (Sentencia de 20 de mayo de 1972; no ha lugar.)*

2. TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL: TESTIGO TACHADO DE INCAPAZ: *El único hecho probado—y no combatido adecuadamente—es que el Notario autorizante del testamento utilizó como despacho una habitación en la casa del testigo, pero no, en cambio, la causa de este hecho que según la Sentencia recurrida, podía obedecer a una relación de arrendamiento, de mera complacencia o de buena vecindad.*

INCAPACIDAD PARA SER TESTIGO EN TESTAMENTOS: ART. 681 DEL C. c.: *De tal hecho probado no cabe atribuir al tachado testigo la cualidad de oficial, auxiliar, copista, subalterno o criado del Notario autorizante, à que se refiere el núm. 7.º del artículo 681 del C. c. (Sentencia de 20 de abril de 1972; no ha lugar.)*

3. TESTAMENTO ABIERTO: FORMALIDADES: CONOCIMIENTO DEL TESTADOR POR LOS TESTIGOS: *La declaración equivocada de la sentencia respecto a la no necesidad de que los testigos conozcan al testador, al ser razonamiento hecho a mayor abundamiento, y después de la afirmación de «que lo conocían», no es determinante del fallo ni puede ser tenido en cuenta para el éxito del motivo.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *Las cartas originales de dos de los testigos y los testimonios de las mismas librados por funcionarios con fe pública judicial, siguen teniendo el carácter de meras declaraciones de testigos realizadas por escrito y carecen de la cualidad de documento público a efectos de la casación. (Sentencia de 3 de junio de 1972; no ha lugar.)*

4. LITIS-CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Para que se estime mal constituida la relación jurídico-procesal y se acoja la excepción de falta de litis-consorcio pasivo necesario, es preciso que no hayan sido convocadas al li-*

gigio cuantas personas concretas y específicas puedan resultar afectadas por la decisión judicial que en su día se pronuncie.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL: *No es necesaria cuando en juicio ordinario de mayor cuantía se ejercita una acción encaminada a obtener la nulidad de un testamento y otra tendente a conseguir la declaración de herederos de determinada causante, dirigiéndose la demanda no sólo contra el actual recurrente, sino contra cualquier otra persona desconocida e incierta que se creyera con derecho a la pretendida sucesión intestada.*

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL: *Es imprescindible cuando la declaración judicial de herederos abintestato se obtiene a través de un verdadero acto de jurisdicción voluntaria, en el que su simplicidad y falta de adversario se suple por medio de un dictamen fiscal; pero éste no encaja de ninguna manera dentro del trámite de los juicios ordinarios.*

LITIS-CONSORCIO PASIVO NECESARIO: *Según los hechos que la sentencia recurrida declara probados, no aparece acreditada por el demandado, a quien incumbe la prueba de sus excepciones (art. 1.214 del C. c.), la existencia de persona ajena al pleito que pueda resultar perjudicada por el fallo que se pronuncie.*

TESTAMENTO EN INTERVALO LÚCIDO: FALTA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR: *El hecho de que en el testamento se hayan cumplido los requisitos formales exigidos para su validez por el artículo 665 del C. c. y que el fedatario y los facultativos afirmaran la capacidad de la testadora, no se opone a la posibilidad de que el Tribunal, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio, declare nulo el testamento por estimar la incapacidad legal de su otorgante, cuestión ésta de mero hecho y sometida a su libre apreciación.*

NULIDAD DE TESTAMENTO POR FALTA DE CAPACIDAD: *Tal nulidad ha de declararse cuando resulta probado que la otorgante padeció, con varios años de antelación a su comparecencia ante el Notario, de oligofrenia en grado segundo con facultades mentales inferiores a las de una niña de cuatro años, cuya enfermedad, por su carácter permanente e irreversible, no permite se produzcan intervalos de lucidez. (Sentencia de 8 de marzo de 1972; no ha lugar.)*

5. COSTUMBRE FORAL GALLEGA: SU PRUEBA: *No basta el simple argumento de no haberse citado en el fallo una alegación de la existencia de la costumbre foral para estimar que existe falta de la prueba de tal costumbre, cuando hubiera sido indispensable citar algún acto o documento auténtico que dijera que esa costumbre no existe.*

ARTÍCULO 84 DE LA COMPILACIÓN: MEJORA DE LABRAR Y POSEER Y PACTO SUCESORIO DE INSTITUCIÓN DE HEREDERO: *Dicho artículo, recogiendo la cos-*

tumbre foral anterior, permite que el derecho de labrar y poseer se confiara a través de un pacto sucesorio de institución de heredero, sin necesidad de convalidación testamentaria.

ARTÍCULO 84 DE LA COMPILACIÓN: SU INTERPRETACIÓN: *La facultad de otorgar el derecho de labrar y poseer se atribuye por este artículo al «ascendiente» por actos inter vivos o mortis causa, no señalando precisamente que haya de haber «testamento» otorgado antes ni después; por eso cuando el artículo se refiere a que «el testador no disponga otra cosa», quiere decir que se respetará la determinación de éste, pero no quita el carácter de institución de heredero a la hecha por acto inter vivos.*

DIFERENCIAS ENTRE EL ARTÍCULO 84 DE LA COMPILACIÓN Y EL ARTÍCULO 1.056 DEL CÓDIGO CIVIL: *El primero trata del derecho de labrar y poseer que se otorga y se confiere al «ascendiente»; el segundo, de hacer la partición, y se refiere al «testador».*

ACTA DE CONCILIACIÓN DEFECTUOSA: DOCUMENTO TRANSACCIONAL: *La falta de hombres buenos carece de toda trascendencia, puesto que, lograda la conciliación, no tenían que realizar la misión única que les señala el artículo 471 de la LEC.*

ACTA DE CONCILIACIÓN DEFECTUOSA: DOCUMENTO TRANSACCIONAL Y ACTOS PROPIOS: *La falta de firma de una de las partes podrá privar a la conciliación de sus naturales efectos, pero siempre valdrá en este caso como documento transaccional y, constando que la causante de los ahora actores mostró su aquiescencia a lo transigido, vienen éstos vinculados a acatar las consecuencias de tal conducta, como continuadores de la titularidad de las relaciones jurídicas transmisibles de aquélla.*

USUCAPIÓN: *Aunque la sentencia recurrida no hace ninguna alusión en sus considerandos a la usucapión alegada por los demandados en sus contestaciones a la demanda, lo cierto es que los requisitos de la usucapión están plenamente acreditados y esta razón poderosísima, al margen de todo lo dicho, impediría casar la sentencia, pues, según la jurisprudencia, así debe procederse cuando la realidad del proceso obliga a dictar la misma sentencia, fundándose en otras razones, ajenas al recurso interpuesto. (Sentencia de 25 de marzo de 1972; no ha lugar.)*

NOTA: Esta Sentencia ofrece muchos puntos de interés. Sólo queremos resaltar tres de ellos:

a) Que supone una desviación de la reiterada doctrina del T. S. acerca de la prueba de la costumbre. En efecto, en esta Sentencia, tanto el fallo del Juzgado, como luego los de la Audiencia y del T. S., apreciaron *de oficio*, sin alegación alguna de las partes, la existencia de una costumbre foral. Quizá una explicación a esta anomalía se encuentra en la influencia de lo que hoy dispone la Compilación de Aragón (art. 2.º) sobre la costumbre notoria.

b) Que es totalmente discutible haya existido nunca en Galicia la costumbre de otorgar la mejora de labrar y poseer a través de un pacto suce-

sorio de institución de heredero. En el documentado estudio de Fuenmayor sobre la materia (A. D. C. 1948, pág. 878) no se encuentra ninguna referencia a esta pretendida costumbre. Al contrario, se indica cómo lo normal es que se haga en testamento, por donación *inter vivos* o a través de ventas ficticias y que, en cambio, es muy raro se otorgue en capitulaciones matrimoniales. Además, precisamente en el caso discutido se daba esta última circunstancia, pues la mejora se había conferido en una escritura de capitulaciones, a favor del hijo que se casaba para el lugar acasariado, en el año 1899. Siendo esto así, para mantener la validez de la mejora, no obstante, el testamento posterior que la desconocía, no había necesidad ninguna de hacer el esfuerzo de redescubrir una costumbre foral: la aplicación del artículo 826 del C. c. sobre la promesa de mejorar, que no hay duda supone un caso excepcional de pacto sucesorio dentro del Derecho común, hubiera llevado, junto con los artículos 829 y 1.056 del C. c., a la conclusión de la plena validez e irrevocabilidad de la mejora.

c) Que con la interpretación que hace el T. S., del artículo 84 de la Compilación de Galicia resulta que, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1.056 del Código civil, tal mejora podría otorgarse, sin necesidad de testamento ni de capitulaciones matrimoniales, en cualquier escritura pública (¿quizá también en documento privado?). Y como el propio T. S. subraya que el artículo 84 permite que el testamento disponga otra cosa, nos encontraremos con que esta mejora no es irrevocable y con que ha surgido en Galicia una especie de heredamiento preventivo catalán (!).

En fin, la tremenda potenciación que el Derecho foral está experimentando actualmente llega a su punto álgido en esta Sentencia. Es triste que, sin necesidad ninguna, se busque la máxima separación entre el Derecho común y los Derechos forales, en materias en que la aproximación es casi total. J. D. C.

6. JUICIO DE ABINTESTATO: DENEGACIÓN DE SOLICITUD POR PRETENDIDA HIJA NATURAL: CARÁCTER NO DEFINITIVO DE LA RESOLUCIÓN: *El auto dictado por la Audiencia, que confirma el del Juzgado acordando no haber lugar a tener por promovido el juicio de abintestato al no haber acreditado la actora su condición de parte legítima, no tiene a efectos de casación el carácter de resolución definitiva, puesto que tal pronunciamiento se hace sin perjuicio de los derechos que a la misma correspondan, los cuales puede hacer valer acudiendo al juicio declarativo correspondiente, que es en donde puede demostrar en modo y forma adecuados y contradictoriamente su pretendido carácter de hija natural, sin que dada la naturaleza y complejidad de la cuestión pueda ser ésta resuelta prima facie. (Auto de admisión de 29 de febrero de 1972; no procede.)*

II. ARRENDAMIENTOS URBANOS

1. ARRENDAMIENTOS DE INMUEBLES: OBRAS NECESARIAS: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: *La jurisdicción común es la única que puede conocer, sin la menor subordinación o condicionamiento a las resoluciones de la administrativa, del cumplimiento o incumplimiento de la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce de la cosa arrendada que a cargo del primero pone el contrato civil de arrendamiento entre personas de Derecho privado.*

INCONGRUENCIA: *Es incongruente la sentencia que estima la excepción de litispendencia, basada en el hecho de estar tramitándose el expediente contradictorio de declaración de ruina por la vía administrativa, cuando lo alegado por el demandado fue la incompetencia de jurisdicción sobre la base de que los Ayuntamientos son los únicos que pueden ordenar la ejecución de las obras necesarias y la ejecución de las ruinosas. (Sentencia de 24 de junio de 1972; ha lugar.)*

2. ARRENDAMIENTOS URBANOS: CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN: *Aunque la vigente Ley de arrendamientos urbanos en su artículo 97 parece declarar completamente libre la fijación de las rentas de viviendas y locales de negocio que se arrienden después de la entrada en vigor de dicha Ley, aunque el artículo 98 permite que sea objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes y el 100 parece autorizar a éstas para convenir de modo expreso un sistema de actualización de rentas distinto del legal que tal norma establece, y aunque el artículo 6.º admite la renunciabilidad de ciertos derechos, incluso en el arrendatario; sin embargo, conjugando esos preceptos con otros de la misma Ley, como son los artículos 95, 96, 99 y el propio 100, se llega a la conclusión de que, sea cual sea el sistema de actualización que se estipule entre las partes, sólo será válido cuando realmente sirva de medio para la actualización de la renta, con alzas y bajas, y que no lo será, en cambio, cuando únicamente implique una posible y constante elevación de renta, sin possibilitar a la vez la disminución de ellas para el supuesto contrario en que baje el coste de la vida o el importe de los salarios o el valor de los artículos o índices que se fijen como módulos reguladores.*

AUTONOMÍA PRIVADA: *Los artículos 1.255, 1.256 y 1.258 del Código civil, cuyas normas tantas trascendencia tienen en materia contractual, en general, pierden o quedan ineficaces cuando se trata de materia social y se estipulan renuncias a derechos que la Ley sustrae a la disponibilidad de las partes.. (Sentencia de 21 de diciembre de 1970; no ha lugar.)*

III. DERECHO MERCANTIL

1. ACCIÓN CAMBIARIA EN VÍA DECLARATIVA: JUZGADO COMPETENTE: *Ejercitándose la acción cambiaria en vía declarativa..., es evidente, de conformidad a lo dispuesto en la primera de las reglas, que sobre competencia se contiene en el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, será juez competente para conocer de la expresada demanda el del lugar en el que debe cumplirse la obligación. (Sentencia de 12 de enero de 1971; competencia.)*

2. LETRA DE CAMBIO: RECAMBIO Y RESACA: *El artículo 527 del C. de c. está encuadrado en la Sección undécima del título X del Libro II del C. de comercio que se ocupa del "recambio y resaca". El "recambio" no viene a ser más que el nuevo giro que puede hacer el tenedor de una letra impagada.*

contra el librador o uno de sus endosantes para reembolsarse, por ese medio, de su importe con los gastos de protesto y recambio. La palabra "resaca" implica, propiamente, el libramiento de una nueva letra a la que ha de acompañarse la original, el testimonio de protesto y la cuenta de resaca que sólo contendrá las partidas que el mismo citado artículo especifica.

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.248 DEL C. CIVIL Y 51 DEL C. DE COMERCIO: *Sabido es que el artículo 1.248 del C. civil tiene carácter admonitivo y no preceptivo, y no puede ser materia de casación, habiendo quedado sin efecto, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala..., el antiguo aforismo "unus testis, nullus testis".*

El artículo 51 del C. de c. no establece un criterio especial para apreciar el valor de las declaraciones testificales, sino que el mismo se refiere a los "medios que el Derecho civil tenga establecidos". (Sentencia de 30 de enero de 1971; no ha lugar.)

3. RECURSO DE CASACIÓN: FORMA DE COMBATIR LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Si bien la interpretación de los contratos, como función privativa de los juzgadores de instancia, puede ser combatida en casación es evidente, ha de prosperar el criterio judicial, mientras no se acredite, en la forma precisa establecida en el número séptimo del artículo 1.692 LEC., la equivocación del juzgador, al fijar los elementos y circunstancias reveladoras de la voluntad declarada y exteriorizada, o que haya infringido, notoriamente, alguna de las normas de hermenéutica contractual, alegando esa infracción por el cauce del número primero de igual precepto.*

LETRA DE CAMBIO: PROVISIÓN DE FONDOS: *Interpretación de los artículos 456, 457 y 458, párrafo final. Los dos primeros artículos se refieren a la provisión de fondos en sentido económico y jurídico respectivamente, y el otro el pacto por el cual el librado autoriza al librador para librar por la cantidad de que dispuso. (Sentencia de 17 de febrero de 1971; no ha lugar.)*

4. RECLAMACIÓN DE CANTIDAD CONTRA AVALISTA: INCONGUENCIA: *No es incongruente la sentencia absolutoria, que no deja de resolver ninguno de los problemas planteados, sino que, haciendo uso de la facultad discrecional que corresponde a los juzgadores de instancia para valorar la prueba que se practicó, dio preferencia a unos medios sobre otros, decidiendo sobre todas y cada una de las pretensiones que oportunamente habían sido deducidas por las partes litigantes.*

FALSEDAD DE LA FIRMA DEL AVALISTA: PRUEBA DEDUCIDA DE LA MAYORÍA DE DICTÁMENES PERICIALES: *El arbitrio discrecional de los Tribunales en la valoración de la prueba pericial es incompatible con la obligación que se pretende de vincularse a la declaración de apreciación conjunta hecha en primera instancia, y ello con independencia de la opinión que pueda merecer al Tribunal Supremo el procedimiento utilizado de basarse en la mayoría numérica de los*

dictámenes periciales obrantes en autos y el resultado que con el mismo se alcanza. (Sentencia de 8 de marzo de 1972; no ha lugar.)

Se acudió al dictamen pericial del Gabinete de Identificación de la Dirección General de Seguridad, y a la Escuela de Medicina Legal para demostrar la falsedad de la firma del avalista de una letra de cambio por un importe de 3.736.714 pesetas. Anteriormente se había seguido un juicio ejecutivo que no prosperó por carecer la letra de fuerza ejecutiva, y una querrela criminal por estafa que terminó por auto de sobreseimiento. En el presente juicio declarativo dirigido contra el avalista se obtuvo sentencia condenatoria en primera instancia, que fue revocada en apelación, no dándose lugar al recurso de casación. Lástima que el recurrente no haya podido superar los defectos formales permitiendo así al T. S. entrar en el fondo.

4 bis. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: DERECHOS DE LA MINORÍA: EFICACIA PROBATORIA DE LA FOTOCOPIA DE LA PÓLIZA: *Lo aportado a los autos para demostrar la insuficiencia cuantitativa de las acciones agrupadas es una fotocopia de la póliza, presentada con la contestación a la demanda, y respecto de la cual se solicitó se expidiera testimonio por cotejo, mediante la exhibición en el domicilio del Colegio de Corredores de Comercio de Vigo, testimonio que no fue expedido, no obstante, su admisión, porque la hoy recurrente renunció al mismo, siendo evidente que la Sala de instancia no puede atribuir a la fotocopia ninguna eficacia probatoria.*

NO OBLIGATORIEDAD DEL DEPÓSITO PARA RECURRIR EN CASACIÓN: *El depósito constituido "ad cautelam" ha de ser devuelto a los recurrentes, porque en el proceso especial del que dimana este recurso no hay obligación de constituirlo por serlo en única instancia. (Sentencia de 5 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

5. COMPRAVENTA MERCANTIL: OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO POR PRESTACIÓN DEFECTUOSA: OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO: *Si las partes no convinieron la venta de la cosa con una característica específica y, por ello, condicionada a una calidad especialmente prevista en el contrato, no cabe alegar violación del artículo 339 C. Com., basándose en que, al no haberse dado por satisfecho el comprador con la calidad de la mercancía recibida —dentro de los 30 días siguientes al recibo de ella y mediante acta notarial hizo constar la mala calidad de lo suministrado y sus defectos internos— no ha nacido el derecho del vendedor para reclamar el precio, obligación ésta principal del comprador supeditada a la de saneamiento por prestación defectuosa. (Sentencia de 10 de marzo de 1971; no ha lugar.)*

Fueron vendidos 24 bloques de granito de la variedad "Verde de Santiago" al precio de 4.500 pesetas la tonelada, cuyo importe de 181.710 pesetas se abonaría mediante letra de cambio con vencimiento de 90 días. Dicha mercancía fue remitida en camiones el 18.5.1968, recibéndola el comprador dos días después. No se acreditó que los bloques adquiridos estuviesen destinados a ser cortados en planchas, que debieran carecer del más mínimo defecto, que

las hiciera inutilizables para la construcción, ya que lo acordado fue la compra genérica de esos bloques, sin que se individualizara su específico destino ulterior. Tampoco se justificó que la mercancía examinada fuera la misma que la vendida, ya que el comprador adquirió bloques de granito de análoga clase y calidad de otra mina situada en lugar cercano a la del vendedor.

6. COMPETENCIA: COMPRAVENTA MERCANTIL: *Debe decidirse la competencia en favor del domicilio del vendedor cuando en éste comenzó a pagarse el precio, pues así se reconoce que aquí debía cumplirse la obligación y esto decide la competencia de acuerdo con el artículo 62-1.º LEC, en relación con los artículos 1.171 y 1.500 C. c. (Sentencia de 27 de marzo de 1971; competencia.)*

7. COMPETENCIA: LETRA DE CAMBIO: *Reclamándose el importe de una letra de cambio, la cuestión de competencia suscitada ha de decidirse teniendo en cuenta los documentos aportados al tiempo de su planteamiento y debe referirse a favor del lugar de residencia del librado y domicilio de la propia letra, prescindiendo del documento presentado, tardíamente, con la contestación a la inhibitoria y sin que proceda estimar la sumisión expresa que del mismo podría derivarse. (Sentencia de 19 de diciembre de 1970; competencia.)*

8. COMPETENCIA: COMPRAVENTA MERCANTIL: *Si bien el demandado negó, al proponer la inhibitoria, la existencia del contrato de compraventa mercantil, es evidente que ello no basta para modificar la competencia por tratarse de cuestiones de fondo que no pueden ser apreciadas al resolver cuestiones de competencia y, además, por estar contradicha la negativa por los documentos presentados con la demanda, consistentes en copias de las facturas de los géneros remitidos a porte debido y entregados en «X», donde el actor tiene su industria, documentos que constituyen un principio de prueba escrita, al solo efecto decisorio de la competencia. Las circunstancias mencionadas tienen la relevancia necesaria para determinar la competencia territorial a favor del Juzgado de «X» por aplicación del artículo 62-1.º LEC en cuanto al lugar del cumplimiento de la obligación como fuero principal, y del artículo 1.500 C. c. respecto al lugar del pago del precio de la cosa vendida, según el lugar en que fue entregada, dato determinante de la competencia. (Sentencia 25 enero de 1971; competencia.)*

9. COMPETENCIA: COMPRAVENTA MERCANTIL: *No concurriendo pacto determinante del lugar de pago del precio, ni sumisión expresa de las partes a determinado Juzgado, habrá de estarse al lugar de entrega de la cosa comprada—según los artículos 1.500 y 1.171 C. c., 339 C. Com. en relación con el artículo 62-1º LEC— que, salvo pacto en contrario, será el establecimiento mercantil del vendedor, máxime si se tiene en cuenta que en todas las facturas y liquidaciones aparece impresa la frase «los géneros se remiten de cuenta y riesgo del comprador», que, aun cuando no aparecen firmados por éste, representan un principio de prueba por escrito de que tal expresión figura en los documentos aceptados por la demanda que lleva a la conclusión de que*

los géneros fueron entregados en el domicilio del vendedor, cuya presunción lleva también a determinar la competencia para conocer del proceso. (Sentencia de 16 de octubre de 1971; competencia.)

10. COMPETENCIA: COMPRAVENTA MERCANTIL: *Ejercitándose una acción personal en reclamación del precio de unos contratos de compraventa en los que no mediaron pactos sumisorios de clase alguna, el conocimiento de las actuaciones corresponde, según el artículo 62-1.º LEC, al Juez del lugar donde deba cumplirse la obligación que, conforme al artículo 1500-2.º C. c.—aplicable a las compraventas mercantiles según el artículo 50 C. Com.— es, salvo estipulación en contrario, aquel en que las mercancías fueron entregadas, y como éstas viajaron a porte debido de cuenta y riesgo del comprador resulta así el lugar cierto de la entrega. (Sentencia de 15 de diciembre de 1970; competencia.)*

11. COMPETENCIA: COMPRAVENTA MERCANTIL: *De acuerdo con el artículo 62-1.º LEC, fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, en los juicios en que se ejerciten acciones personales, será Juez competente el del lugar donde deba cumplirse la obligación que, salvo pacto expreso, lo es en las compraventas mercantiles el de la población donde se realice la entrega de la cosa vendida (arts. 1500 C. c. y 50 C. Com.) coincidente con el del establecimiento del vendedor, cuando no existe principio alguno de prueba del que se deduzca se enviaran las mercancías de su cuenta y riesgo a lugar distinto. (Sentencia de 11 de diciembre de 1970; competencia.)*

12. CONTRATO DE DEPÓSITO: PROPIEDAD DE LAS COSAS DEPOSITADAS: *El dinero depositado en las cuentas indistintas no pasa a ser propiedad de una persona por el solo hecho de figurar como titular indistinto.*

ESTATUTO DE LAS CAJAS DE AHORRO: CARÁCTER NORMATIVO: *El Estatuto de las Cajas de Ahorro, como regulador de las diversas operaciones crediticias y de otro orden encomendadas a las Cajas de Ahorro, con efectos limitados a los intervinientes en ellas, no tiene el rango jerárquico normativo para que la invocación de su transgresión pueda servir de fundamento para la interposición de un recurso de casación por infracción de Ley.*

RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTO FORMAL: *No pueden ser acogidos los motivos 1.º al 4.º por la notoria defectuosidad formal que ofrecen, acumulándose los errores de hecho y de derecho, tan distintos en su génesis, efectos y medios de comprobación, que origina sean tratados con la debida separación, ya que, en otro caso, se daría lugar a la falta de claridad y precisión que exige el artículo 1.720 LEC. (Sentencia de 24 de marzo de 1971; no ha lugar.)*

El Tribunal Supremo argumenta así: En el contrato de depósito la relación jurídica se establece entre el depositante, dueño de la cosa depositada, y el depositario que la recibe, no modificándose la situación legal de aquél, en cuanto a lo depositado, por la designación de la forma que la puede reti-

rar. Los depósitos indistintos no presuponen comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a lo que resuelvan los Tribunales sobre la propiedad de ellos; por ello, incumbe al causahabiente del depositante acción para reivindicar de la persona designada en el depósito indistinto los efectos que hubiera retirado del mismo sin título para apropiárselo. En los depósitos de valores efectuados indistintamente a nombre de dos personas puede demostrarse, por prueba en contrario, que son solamente de uno de ellos. Por el depósito indistinto de efectos públicos, adquiridos exclusivamente por uno de los depositantes, no se transmite el dominio a ninguno de los demás, privándose al verdadero dueño de su propiedad por tanto, al fallecer aquél, corresponde a sus herederos y no a ninguno de los otros depositantes.

IV. DERECHO PROCESAL

1. BENEFICIO DE POBREZA: OCULTACIÓN DE BIENES: *Impetrado el beneficio sobre la base de carecer de toda clase de bienes, la prueba documental acredita la existencia de bienes correspondientes a los coherederos del padre de la solicitante, sin que por ésta se hubiera hecho alusión alguna a los mismos, y sin que haya aportado prueba acreditativa de que la cuantía de los bienes omitidos y de los posibles rendimientos obtenidos de los mismos no influyen en la realidad de la situación económica.* (Sentencia de 12 de mayo de 1972; no ha lugar.)

2. RECURSO DE CASACIÓN: ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Para demostrar el error de derecho en la apreciación de las pruebas es preciso citar los preceptos reguladores de su valoración legal y expresar el concepto en que se estima cometida la infracción, esto es, si por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, y como tales requisitos no se cumplen...*

CASACIÓN: CUESTIONES DE HECHO: IMPUGNACIÓN: *Según reiterada doctrina de esta Sala... son cuestiones de hecho las de determinar quién dejó de cumplir el contrato y si se da o no el nexo causal entre el incumplimiento y los daños y perjuicios que se reclaman, habiendo de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia mientras no se impugne con arreglo al número séptimo del ya citado artículo mil seiscientos noventa y dos.* (Sentencia de 7 de mayo de 1971; no ha lugar.)

3. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Los documentos que se aducen carecen del indispensable requisito de autenticidad a estos efectos, no sólo porque aunque sirven para dar fe del hecho en sí a que se refieren, no están en condiciones de autenticar la veracidad intrínseca del mismo, sino además porque constituyeron parte fundamental de lo debatido en el precedente litigio, en cuyo concepto fueron valorados e interpretados por el Tribunal «a quo».* (Sentencia de 8 de junio de 1971; no ha lugar.)

4. INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: COPOPRIETARIO DE LA COSA VENDIDA QUE RECLAMA PARA SÍ LA PARTE DEL PRECIO: *No existe litisconsorcio pasivo necesario ya que el actor no reclama para una comunidad —que se extinguió precisamente por la venta de la cosa común—, sino la parte del precio que afirma corresponderle personalmente.* (Sentencia de 13 de mayo de 1972; no ha lugar.)

5. CASACIÓN: INTERPRETACIÓN: *Es doctrina jurisprudencial constante y conocida que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es en principio facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer en casación salvo cuando se evidencia que infringe notoriamente algunas de las normas legales de hermenéutica contractual, debiendo aceptarse esa interpretación siempre que sea racional y ello aunque cupiere alguna duda acerca de su absoluta exactitud.* (Sentencia de 7 diciembre de 1971; no ha lugar.)

6. ICONGRUENCIA: *Cuando la demanda es alternativa en sus peticiones suplicadas, la sentencia que accede a uno de sus extremos es total y absolutamente congruente.* (Sentencia de 25 de septiembre de 1971; no ha lugar.)

7. RECURSO DE CASACIÓN: INTERPRETACIÓN: *En casación, el recurrente no puede sustituir la interpretación hecha por la Sala con la suya propia cuando aquélla no se apoyó en error evidente.* (Sentencia de 8 de septiembre de 1971; no ha lugar.)

8. PRUEBA DOCUMENTAL: *El artículo 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene un precepto de valor absoluto, cuya inobservancia es originadora de inadmisibilidad de oficio del documento. No podrá, pues, constituir prueba decisiva de una sentencia un escrito redactado en francés, sin traducción, ni copia, y expresamente rechazado por la parte contraria en el escrito de contestación.* (Sentencia de 31 de diciembre de 1971; ha lugar.)

9. RECURSO DE CASACIÓN: ERROR NEGOCIAL: APRECIACIÓN POR LOS TRIBUNALES: *Las circunstancias determinantes de la existencia de error en el consentimiento se hallan sometidas en nuestro ordenamiento jurídico a la soberana apreciación de los Juzgados de Instancia, sin que su denuncia en casación pueda hacerse por distinta vía procesal de la señalada en el número 7.º del artículo 1.692 de la LEC.* (Sentencia de 22 de mayo de 1971; no ha lugar.)

10. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Conforme al número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el error de hecho en la valoración de la prueba ha de resultar de la simple comparación entre lo dicho por la Sala y lo que claramente expresa el documento auténtico, sin necesidad de ninguna operación mental, demostrándose así evidente equivocación del Juzgador.*

PRECISIÓN Y CLARIDAD EN EL RECURSO DE CASACIÓN: *Si bien el error de hecho y el de derecho pueden alegarse al mismo tiempo en un solo motivo, ello es con la separación necesaria, para darse cuenta del porqué de cada uno y no es correcta su alegación conjunta, en forma totalmente indiscriminada, que no permita su diferenciación. (Sentencia de 14 de mayo de 1971; no ha lugar.)*

11. CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *No lo son, a efectos de casación, ni la licencia municipal, ni la certificación de otorgamiento de tal licencia, ni la del Colegio de Arquitectos ni los recibos librados por tal entidad.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *No puede prosperar en casación cuando de la simple lectura de los documentos alegados no surge el error evidente del Tribunal, siendo necesario acudir a una interpretación de los mismos.*

INTERPRETACIÓN: CALIFICACIÓN DEL NEGOCIO: *El significado, alcance y consiguiente interpretación de la declaración de voluntad contenida en los contratos es función propia de los Tribunales según las normas que para aquéllos se dan en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, y, por ello, al declararse por la Sala «a quo» que el contrato que liga a las partes es «un contrato preparatorio y normativo de conductas a seguir» y pretenderse, frente a dicha calificación, la declaración de la existencia de un contrato de sociedad, el recurrente debió fundar su impugnación únicamente denunciando la infracción de aquellos artículos que hacen referencia a la interpretación contractual. (Sentencia de 16 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

12. RECURSO DE CASACIÓN: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *La apreciación del resultado de la prueba no ha sido atacada en el recurso..., y por ello han de respetarse las apreciaciones de la Sala.*

RECURSO DE CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *El problema de la no solidaridad entre los avalistas es cuestión nueva, por no debatida en el procedimiento, lo que impide su estudio en casación, pero aunque pudiera estudiarse la consignación de las firmas por «aval solidario» obligarían a la desestimación del motivo. (Sentencia de 21 de abril de 1971; no ha lugar.)*

13. PRUEBA DE PRESUNCIONES: LIBERTAD DEL TRIBUNAL: *La presunción como medio de prueba supone una cierta libertad del Tribunal, que es quien lo construye y que debe respetarse en casación, a no ser la presunción resultado de un razonamiento que se revela como absurdo, ilógico o inverosímil. (Sentencia de 4 de mayo de 1971; no ha lugar.)*

14. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Invocándose como documento que evidencia la equivocación del Juzgador, al calificar la quiebra de fraudulenta, el informe elevado al Juzgado por el Comisario que la estima de fortuita, carece a tales efectos de la cualidad de auténtico, toda vez que*

La Ley no le concede valor probatorio que se imponga al criterio judicial. (Sentencia de 29 de diciembre de 1970; no ha lugar.)

15. RECURSO DE CASACIÓN: VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *No atacada la declaración de la sentencia recurrida ni por error de hecho ni de derecho al amparo del artículo 1.692-7.º LEC, la apreciación de la prueba es firme.*

CUESTIÓN NUEVA: *Al apreciar la parte recurrente de modo distinto a como lo hace la sentencia el resultado de la prueba, tratando de imponer su criterio sobre el del Tribunal, fijando hechos que la Sala no ha estimado existentes, crea un hecho nuevo en que se apoya, lo que necesariamente lleva a la desestimación del motivo. (Sentencia 28 de mayo de 1971; no ha lugar.)*

16. RECURSO DE CASACIÓN: APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Al ser el hecho alegado extraño a la relación jurídica material debatida, carece de virtualidad para poner de relieve el error de hecho en la apreciación de la prueba atribuido al juzgador de instancia, sobre todo si se tiene en cuenta que para nada contradice los hechos afirmados por el Tribunal «a quo» en la resolución que se impugna.*

CUESTIÓN NUEVA: *No habiendo sido aducidos oportunamente en el período expositivo del pleito los preceptos que se dicen violados, su invocación en esta fase del procedimiento constituye una cuestión nueva, lo cual ocasiona la desestimación del motivo.*

DEFECTO FORMAL: *Los preceptos que se dicen violados son tan numerosos y de contenido jurídico tan diferente que su inclusión dentro de un único motivo contraviene lo dispuesto en el artículo 1.720 LEC y se halla incurso en el artículo 1.729-4.º del mismo cuerpo legal, si no se expresa en qué consiste su infracción.*

RANGO JURÍDICO A EFECTOS DE LA CASACIÓN: *Las normas de índole meramente administrativa, como los Decretos de 22 de mayo, 11 de julio y 7 de septiembre de 1963 y Ordenes de 9 y 26 de septiembre del mismo año a que el motivo se refiere, no son susceptibles de servir de fundamento a un recurso de casación en el fondo.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *No se acredita suficientemente la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba que, a través del artículo 1.692-7.º LEC, se atribuye al Juzgador de Instancia, por carecer a tal fin de eficacia la escritura de préstamo, el contrato de ejecución de obra, las certificaciones referentes a las ejecutadas, los justificantes de pago de salarios y la prueba de libros, con que pretenden ponerse de relieve las indicadas equivocaciones, al no haber sido objeto de interpretación y análisis los primeros de estos documentos por parte de la resolución que se impugna, lo que obligaba a combatirlos por la vía formal del artículo 1.692-1.º, con invocación del precepto que se estimara vulnerado de los comprendidos en el capítulo IV, títu-*

lo II, libro IV del C. c., y al carecer de autenticidad, en cuanto a esta clase de remedios procesales, los datos extraídos de los libros de los comerciantes. **(Sentencia de 15 de junio de 1970; no ha lugar.)**

17. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *El T. S. tiene declarado con reiteración, que ni los escritos de las partes ni las manifestaciones vertidas en la contestación a la demanda (SS. de 26 de enero de 1935, 13 de julio de 1936, 10 de abril de 1947 y 16 de mayo de 1961, entre otras muchas) tienen el carácter de documentos auténticos a efectos de casación.*

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTO DE FORMA: *No puede ser admitido en casación un recurso cuando no se cita el concepto en que se estima infringido el artículo 359 de la Ley procesal, según reiterada doctrina del T. S., al vulnerar lo dispuesto en los artículos 1.720 y 1.729, número 4.º*

RECURSO DE CASACIÓN: DEPÓSITO PREVIO: *Al no ser conformes de toda conformidad las sentencias de primera y segunda instancia, no procede la constitución del depósito exigido por el artículo 1.698 de la LEC. **(Sentencia de 24 de febrero de 1972; no ha lugar.)***

Suscripción anual: España, 600,— pesetas
Extranjero, 750,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas