

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVI
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE.
MCMLXXIII

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 Derecho civil

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 ESCRIBA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

- FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Sobre "El pluralismo del profesor de Castro".
Comentario a un comentario* 1013
- MARIANO RAJOY SOBREDO: *Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema
de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en
los arrendamientos urbanos* 1027
- IGNACIO QUINTANA CARLO: *Coloquios sobre la patentabilidad de las invenciones
farmacéutica y la industria farmacéutica española* 1061
- LUIS FIGA FAURA: *Estatuto personal y patrimonial de los cónyuges en Cataluña.* 1099

Vida Jurídica

Notas críticas.

1. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *La presunción de paternidad legítima. Es-
tudio de Derecho comparado y Derecho español*, por C. B. 1149
2. DONISI, Carmine: *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, por C. B. ... 1157

Bibliografía

Libros 1165

ARANZADI: *Leyes civiles sustantivas*, por R.—P. S. ATIYAH: *An Introduction to the Law of Contract*, por M. Alonso Alea.—CASTRO Y BRAVO, Federico: *Temas de Derecho civil*, por X. Z.—COTTELY, Esteban: *Teoría del Derecho económico*, por R.—DIEZ PICAZO, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, por Mariano Peset Reig.—HERNANDEZ GIL, ANTONIO: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, por José Bonet Correa.—JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA: *Legislación notarial*, por R.—REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION: *Anales*, por R.—VALLET DE GOYTISOLO, Juan: *En torno al Derecho natural*, por V. Lamsdorf.

Revista de Revistas

A cargo de Antonio Manuel Morales Moreno 1183

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de don José María Chico Ortiz 1190

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas 1218

1. *Nulidad de adopción menos plena*, por Francisco Castro Lucini
2. *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1973* (teng Bo Khoe y Sra. v Hans Richartz), por Francisco Lucas Fernández

II. Sentencias 1281

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125 —1954.

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 XXVI
FASCICULO IV



OCTUBRE - DICIEMBRE
MCMLXXIII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.º

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

Sobre «El pluralismo del profesor De Castro» Comentario a un comentario

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO

§ 1. Ha sido para mí motivo de agradecido asombro verme incluido en la galería de notabilidades de la “Metodología de la Ciencia del Derecho” del profesor Hernández Gil (1). No se explica fácilmente cómo y por qué el capítulo I de mi “Derecho Civil de España”, sobre el Derecho objetivo, ha merecido el llamativo honor de tantas páginas de comentario (págs. 311-374; también págs. 240, 254).

No he de ocultar, tampoco, que me ha causado sorpresa ver la imagen que se ofrece en esas páginas de mi concepción del Derecho. Me parece tan deformada que, a mi juicio, resulta contraria a todo lo que he dicho y escrito repetidamente.

Debo confesar, todavía, que no me explico bien cómo ha podido originarse una discordancia tan radical entre mi expuesta concepción del Derecho y la que me atribuye el muy ilustre Presidente de la Comisión General de Codificación. El comentario se hace basándolo en numerosas citas literales, mas los trozos escogidos se glosan sin tener en cuenta los que anteceden, aislados de lo dicho antes y después, otras veces no se tienen en cuenta las salvedades o condicionamiento expresos en lo citado, y siempre, además, las frases descoyuntadas quedan envueltas en una espesa masa de insinuaciones y eruditas divagaciones, que parecen dirigidas a convencer de que se ha dicho algo distinto o lo contrario de lo expresado.

En las elegantes “Palabras explicativas”, que prologan el tercer tomo de “Metodología”, se nos advierte: “Conviene no olvidar que los volúmenes II y III de esta obra han sido escritos por un abogado en ejercicio que no se ha sustraído en el curso de su quehacer científico a las actividades profesionales ni ha podido cambiar por completo la mentalidad ni siquiera de ambiente. La mentalidad del abogado tienen la forja del diálogo tenso que es el debate”. Frente al capítulo sexto de dicha obra, titulado: “El pluralismo del profesor De Castro y otras cuestiones”, cabe preguntarse: ¿será éste un ejercicio más de erística forense?

(1) *Metodología de la Ciencia del Derecho. III. Nueva evolución de las posiciones y direcciones metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo. Pluralismo.* Madrid, 1973.

§ 2. He dudado seriamente respecto al escribir este comentario. ¿Tiene algún objeto? ¿A quiénes podrá interesar hoy cuál sea o cuál fuera mi pensamiento sobre la naturaleza y el concepto del Derecho? Sin embargo, lo he escrito. He creído de elemental cortesía decirle aquí al profesor Hernández Gil mis razones para discrepar de su tan elaborada y extensa exégesis. También he pensado en la posibilidad remota de que alguien, conocedor de mis explicaciones de clase o de mis más recientes escritos, extrañase dicha exégesis y sintiera curiosidad por contrastarla con lo que yo escribiera en *Derecho civil de España*", tomo primero, la única obra utilizada a tal finalidad exegética. Contraste no fácil, dado que la última edición, de 1955, no se encuentra desde hace años en librería.

Al escribir este comentario al comentario del profesor Hernández Gil, pretendo tan sólo mostrar que lo dicho por mí no tiene el sentido que se le atribuye, y hacerlo de modo que corresponda a las palabras proemiales del mismo ilustre profesor; de modo, que los "ribetes polémicos" de mis observaciones procuran estar "siempre atenuadas al canon de la correcta interlocución intelectual" y no suponen "la actitud acerba de la censura". Antes bien, quiero además dejar sentado que nada de lo que aquí diga significa que haya disminuido mi alto aprecio por su distinguida labor científica.

§ 3. Las discrepancias y equívocos que motivan o son el origen remoto de uno y otro comentario tienen su punto de arranque en escritos de fecha muy lejana. En la segunda edición del *"Derecho civil de España"*, datada en 1949, al exponerse las "Teorías sobre la interpretación de las leyes", se dedica un apartado a "El sincretismo metódico" (págs. 457-458), que es reproducido en la tercera y última edición, que lleva la fecha de 1955 (págs. 508-509).

El apartado aludido dice así: "Las direcciones teóricas antes enumeradas tienen especiales matices en los distintos autores y se combinan sus postulados, formando nuevas teorías, tan numerosas y variadas, que con cierta desesperación se ha podido decir que las hay "para todos los gustos". Desconcierto expresivo de la crisis del pensamiento moderno, que lleva a un sector de la doctrina a un franco escepticismo y a otro a espigar de las distintas teorías lo que parece más de acuerdo con el sentido común. Estado de ánimo que puede explicar el que algunos autores prediquen el sincretismo metódico. Esta tendencia, especialmente en su formulación más tajante no puede aceptarse. Por sincretismo se entiende la "mezcla o yuxtaposición de sistemas no armónicos", y su admisión no se concibe más que sobre una base escéptica: no es posible yuxtaposición, suma o armonía entre principios contrarios, entre nominalismo y realismo, empirismo y espiritualismo, positivismo y iusnaturalismo; por hábilmente que se haga la combinación o el compromiso, habrá contradicciones internas, abandono oculto de alguno de los principios y un paso más hacia el indiferentismo.

Otra cosa es el huir de exageraciones y del fanatismo, aceptar datos, experiencias y verdades, provengan de donde sea —y no hay

teoría que no contenga alguna verdad parcial; esto es simplemente buen sentido, no sincretismo, pues con ese ambicioso título se promete algo bien distinto: la armonización de los distintos métodos" (2).

En nota, y como ejemplo de formulación tajante de sincretismo, se cita una frase del profesor Pérez González ("El método jurídico". "R. D. Pr.", 1942, enero, pág. 23), que afirma: "*El sincretismo jurídico* es el verdadero (método) a seguir". También se menciona, entre los que predicán el sincretismo metódico, al profesor Hernández Gil ("Metodología del Derecho", ed. 1945, pág. 381), el que frente al monismo metodológico recomienda un "pluralismo o sincretismo metodológico".

Ahora, Hernández Gil se esfuerza en demostrar que al lado de lo que califica de sentido peyorativo del término sincretismo, cabe otro significado equivalente a pluralismo. Esta denominación se nos dice aplicable "en distintos niveles y sentidos", mencionando un pluralismo ontológico y un pluralismo al nivel del saber o del conocimiento (pág. 238). El sincretismo sería una clase de pluralismo, al que se califica de "pluralismo integrador" (págs. 240, 258), que no es "por modo exclusivo" "el de la unión de los contrarios" (página 257).

Hernández Gil no desconoce que el sentido "peyorativo" de la palabra sincretismo puede ser el usual y que es el que corresponde mejor a su origen etimológico (pág. 254 y sig.). Cabe entonces preguntarse: ¿Es censurable o extraño que utilizado el término sincretismo sin aclaración o salvedad se le entienda en su sentido más usual?

Dejando ya de lado la cuestión secundaria del acierto en la elección del término, queda abierta la cuestión importante de si Hernández Gil se inclina en su favor o repudia el sincretismo, en ese que denomina sentido peyorativo. Parece que ella queda contestada en esta frase:

"La combinación entre el realismo y el formalismo, el empirismo y el idealismo, el positivismo y el iusnaturalismo no diremos que es por completo imposible ni que constituye en todos sus planteamientos un pecado contra la armonía" (pág. 321).

La matización de lo dicho en esta frase ("por completo", "en todos") me temo no baste para superar el antagonismo de concepciones esencialmente contradictorias. ¿El positivismo no niega la existencia misma del Derecho natural? ¿El iusnaturalismo no es incompatible con el positivismo?

Las tales "combinaciones", en general, se hacen sacrificando alguna de las concepciones que se dicen amalgamadas, la que al fin se abandona. ¿Este fenómeno puede advertirse en la obra de Hernández Gil? En la edición primera de su "Metodología" (1945) se nos dice: "Se cuenta con una filosofía del Derecho iusnaturalista; ha

(2) Para no alargar la cita no se han recogido las notas que acompañan al texto.

de tenderse hacia una ciencia del mismo tipo" (pág. 380); en la segunda impresión (1971) se han suprimido las palabras "del mismo tipo" (pág. 404). El puesto antes asignado al iusnaturalismo parece haberse olvidado. Se nos dice después: Los juristas deberíamos aprovechar el estructuralismo para llevar a cabo hasta donde sea posible la fijación de lo jurídico, en cuanto tal, abriendo una vía para el examen de las condensaciones estructurales de esta clase contempladas en sí mismas" (volumen II de "Metodología", pág. 451). Más claramente, y ya de modo inequívoco, se afirma ahora: "Nosotros pensamos que la especificidad de lo jurídico no procede tan sólo de la Justicia en cuanto deber ser o valor. Al derecho le es inmanente un modo de conformar situaciones, poderes, facultades, límites, etc. Entre los diversos ordenamientos jurídicos puede haber las mismas diferencias que entre las diversas lenguas; pero a cierto nivel —más o menos profundo— hay una estructura que, en cuanto estructura, se reitera en los diversos ordenamientos jurídicos, aunque no coincidan o no se reproduzcan los contenidos" (III, pág. 344). "No creemos nosotros que ni aún el Derecho privado de su esencia iusnaturalista carezca de cierta especificidad autónoma" (III, pág. 352).

Si estas frases nos revelan lo que piensa el ilustre maestro sobre la esencia del Derecho, parece permitido preguntar: ¿qué es lo inmanente en el Derecho?, ¿qué tipo de estructura es la que especifica al Derecho, ¿merecen la consideración de ordenamiento jurídico las reglas por las que se rigen organizaciones como la mafia?, ¿tiene vigencia lo dicho por San Agustín?: "remota igitur iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?"

§ 4. Injustificada e inexplicable me parece la interpretación que explícita o implícitamente ha dado Hernández Gil a lo por mí dicho sobre la relación entre política y Derecho.

Las frases sobre las que construye su comentario, dicen así:

"El Derecho positivo presupone siempre una actividad política y él mismo sólo puede ser conocido por completo en su relación con la política. Es preciso, pues, evitar los equívocos que se han amontonado en torno a esta materia. Lo mismo que política no es partidismo, el apoliticismo es un subtipo de la política liberal. El Derecho tiene que dirigirse a un fin, tiene que elegir entre caminos y posibilidades, la elección es la función de la política. No sólo elegir entre los patrones de los partidos políticos es decisión política; lo es toda actitud ante la encrucijada de los varios ideales de vida, de las diferentes rutas de acción. En este sentido, toda pregunta y toda respuesta sobre lo justo y lo conveniente de un precepto es política (3).

(3) "Buscar sólo la paz y el orden o perseguir fines más altos; aceptar un concepción burguesa o una heroica de la misión del hombre; colocar en primer término uno u otro valor, religión, cultura, honor, buenas maneras, bienestar social; se podrá dejar una más amplia esfera de libertad a las personas por indiferencia hacia sus actos, por creer que necesariamente colaborarán a los fines de la comunidad, para fomentar su iniciativa, para

El Derecho positivo es intento, más o menos logrado, de organizar la vida social de una comunidad en una dirección determinada (aspiración política). El Derecho de un pueblo significa: creación y ordenamiento de centros de poder político, reparto, adjudicación y defensa de poderes sociales, familiares y económicos, y reglamentación de la atribución y transmisión de bienes (pág. 47).

Nuestros antiguos juristas no temieron ver el aspecto político del Derecho; el soberano, encarnación del Estado, se concibe como el "supremo administrador y dispensador de los bienes de la república" (4), y la política como "buena gobernación de la ciudad, que abraza todos los buenos gobiernos y trata y ordena las cosas corporales que tocan a la justicia, conservación y buen encaminamiento de los hombres" (5) (pág. 48).

Los párrafos transcritos han dado ocasión a unas observaciones más o menos conexas con dicho texto, en ellas se contienen imputaciones, que no creo sea susceptibilidad sin fundamento el considerarlas dirigidas a su crítica. De ella me importa destacar las que estimo más grave deformación o incomprensión de su significado.

Después de copiar lo dicho en la antes citada nota (4), Hernández Gil se pregunta: "¿El Derecho es tan sólo el instrumento acomodaticio que se pliega con indiferencia a cualquiera de las direcciones posibles?" La contesta, siempre refiriéndose a lo por mí escrito: "De nuevo nos encontramos con una concluyente exaltación de la política como norte o fin del derecho. No es fácil discernir qué es más preocupante, si estimar que la respuesta sobre lo justo incumbe a la política, o ver ésta erguida en directriz. Acaso sea preferible una política preocupada por la justicia" (pág. 333). Glosa que llega a su colmo, al decirse: "A nuestro juicio (y parece que se implica que no al mío), el Derecho —que no es insensible a la política— ha de tender, sin embargo, a superar el servilismo, el sometimiento" (página 343).

Creo, sin embargo, que lo dicho por mí está bien claro, que no requiere preguntarse por su sentido ni merece las respuestas dadas. Se ha pretendido poner en evidencia la carga política que llevan consigo las normas de Derecho positivo, es especial las leyes. El jurista no debiera desconocerla. Cerrar los ojos a su existencia supone aceptarlas a ciegas; proceder propio del positivismo. Advertir el significado político es hacer constar un hecho y, además, indicar la función crítica del jurista frente a la ley, la que puede llegar hasta señalar su falta de legitimidad.

Hernández Gil parece que entiende mal la frase "respuesta sobre lo justo", en el fragmento antes recogido. Lo equívoco del término

crear o consolidar una clase directora; se puede limitar esa libertad para imponer a los individuos conductas que le repugnen, para evitar los extravíos de las pasiones y tantos otros ejemplos que la Historia nos puede ofrecer."

(4) "SUÁREZ, *De legibus*, II, 18, 8."

(5) "CASTILLO DE BOBADILLA, *Política de Corregidores*, I, p. 16."

no justifica la confusión. El texto en su conjunto muestra bien a las claras su sentido. Entre las diversas posibles soluciones, el legislador decide en favor de la que le parece más justa en el momento, o bien. "lo conveniente", según el caso y las circunstancias. La decisión política, aunque esté basada en una creencia de "lo justo" o de "lo conveniente", no convierte lo injusto en justo, no es una garantía de la justicia de lo mandado. Precisamente, la esencia de la concepción iusnaturalista, lo que le separa de modo irreconciliable con el positivismo, consiste en el someter las decisiones del legislador al contrate de su justicia y, con ello, decidir si merece o no la consideración de jurídicas. Ello se dice y se repite hasta la saciedad en el "Derecho civil de España". ¿Cómo Hernández Gil no ha visto que la concepción iusnaturalista del Derecho es la única o la que en grado mayor señala límites al poder del Estado, la más contraria al servilismo respecto de los que detentan los poderes sociales?

Aun a riesgo de hacer más enfadosa la lectura, creo que algunas citas (6) elegidas al azar, mostrarán cómo según la concepción iusnaturalista aquí seguida, la decisión política, la ley, queda sometida a los dictados de la justicia.

"La insistencia de la escuela católica iusnaturalista en mantener el concepto de Derecho natural no es conservadurismo, sino convicción de que importa mucho el que las reglas y principios extrapositivos lleven el nombre de Derecho, lo que marca su carácter de medida y de medida homogénea de las reglas positivas y su aptitud para calibrar *jurídicamente* cada norma y mandato. El mismo calificativo de "natural" aunque poco concreto, indica suficientemente su principal carácter: el de ser superior al arbitrio del gobernante...", "la tacha de contrariar al Derecho natural acarrea la pérdida de valor jurídico, el dejar de obligar en conciencia; que el que se beneficia a costa ajena de una regla injusta tiene el deber de restitución (el perjudicado, un derecho a la indemnización) y hasta puede surgir una facultad o un deber de resistencia a la opresión" (pág. 29-30). El Derecho positivo se define como "la reglamentación organizadora de una sociedad, legitimada por su armonía con el Derecho natural" (pág. 32). "El Derecho humano necesita una justificación". La que no se puede confundir "con el motivo o la razón por el que una disposición pueda parecer a alguien legítima o digna de obediencia (ideología política)". "El Derecho, como indica Santo Tomás, es *mensura mensurata*. El Derecho positivo que mide nuestras conductas, es medido por la ley eterna. Ella es la que justifica la ley humana, la que dirá si es o no legítima" (pág. 37). "El Derecho natural, como norma superior, marca el carácter y señala su fin al Derecho positivo". "El primer precepto específico que recibe el Derecho positivo del natural, es el de cumplir su fin: servir al bien común o de la comunidad" (pág. 39). "Mas no todas las leyes o decisiones

(6) Para abreviar no se reproducen las notas que van a pie de página.

de un Estado legal o legítimo serán jurídicas sólo por ser dictadas por él; si son injustas, mejor podrían llamarse "violencia" que leyes y son injustos los preceptos que impongan una conducta directamente contraria al Derecho natural, a la moral o a la naturaleza de las instituciones" (pág. 41). Respecto de la ley se dice que: "Previo y condicionante será el que la regla tenga condición jurídica. El valor normativo de la ley (*vis obligandi*) se deriva de la finalidad justa del precepto y de la voluntad política del Poder que la dicta; la falta de uno de estos elementos impide el nacimiento de la ley; no habrá más que un acto de fuerza, una aspiración o un programa. Característica de la doctrina española ha sido el vigor con que se exige que la ley tenga contenido moral, sea conforme al Derecho natural y sirva al bien de la comunidad" (pág. 389).

§ 5. Otro ejemplo de interpretación deformante ocurre respecto de la distinción hecha entre lo que en "Derecho civil de España" se llama "partidismo", política y "política de Derecho". Se entiende allí por partidismo "la lucha de equipos por el poder político" (pág. 46, N. 4.), y por política la "voluntad de organizar la vida de la comunidad conforme a un ideal de vida" (pág. 46). Con la contraposición entre "partidismo" y política se ha pretendido limpiar el término "política" de la ganga peyorativa que le ensucia en el uso vulgar ("cosas de la política") y reservar el término "partidismo" para la apetencia de poder, al efecto de conseguir ventajas personales disfrazada de propósito de servir a la comunidad, adscribiéndose para ello a una facción. Grupos partidistas que lo mismo existen dentro del régimen de partido único como en el de pluralidad de partidos.

Hernández Gil comenta: "Si la política partidista es una "mezquindad" recusable, ¿en dónde queda la actuación política superadora de las intromisiones partidistas? Esa elección, que es decisión política, y que no consiste en "elegir entre los patrones de partidos", ¿en dónde queda, cómo se manifiesta o qué presupone? Ha habido y hay países atenidos al esquema del partido único. El partido único excluye, al menos en su sentido literal y lógico, la pugna entre partidos. ¿Será éste el clima para una política distinta y distante del partidismo?" (págs. 339-340).

Esta glosa parece determinada por atribuir a "partidismo" el sentido de "régimen de partidos". Nada más inexacto. En "Derecho civil de España" se habla de política como voluntad de organizar la comunidad conforme a un ideal de vida y de ideales de vida entre los que es posible elegir. De modo bien claro se dice que "la elección es la función de la política". Expresamente se hace referencia en texto antes citado, al "elegir entre los patrones de los partidos políticos" (7); como algo lícito, ni condenado ni condenable, antes bien, normal en el juego social y en el ocurrer del tiempo.

(7) Véase § 4, al principio.

§ 6. “A través de sus palabras (las de “Derecho civil de España”) siempre se adivina una política estatalizada, introducida en el poder y realizando el programa del Estado-gobierno” (pág. 352). Este juicio de Hernández Gil peca, me temo, de apresurado; sólo pudiera explicarse en un hojear de páginas muy a la ligera. Lo que hube de escribir en 1949 se refiere al Derecho civil, no tiene pretensiones de ser un estudio de Filosofía del Derecho; parece por ello natural que se ocupe preferentemente de las leyes y del Código civil. Una lectura más detenida ofrecerá, creo, otra imagen. Permítanseme otras citas. Al tratar de la distinción propuesta entre “política jurídica” y “política de Derecho”, se dice: “Hay, pues, una política, la política del Derecho, que impone a los juristas, como deber específico, inmediato, y creando gravísima obligación de conciencia, la discriminación de lo justo y la aplicación de la justicia en todo momento y ocasión. No se propone, como se ha dicho, una conducta inhumana o desconectada con la realidad social, sino la realización del valor jerárquico de la justicia en la y para la organización social. No se predica un abstracto *pereat Mundus, fiat Iustitia*, sino un necesario y sentido por todos: *fiat Iustitia ut non pereat Mundus*. Es la política del respeto al Derecho, que está por encima del Poder, y de sus apetencias; que supone una idea de la vida, la que entiende que sólo es Derecho el mandato justificado por el Derecho natural; antepone el bien común a los provechos egoístas, impone la aplicación justa de las normas y dice que se ha de enseñar el puesto subordinado que las leyes estatales tienen en el orden moral” (págs. 48-49) (8).

En estrecha armonía con la concepción así expresada está el valor que se atribuye a los principios generales del Derecho como fuente del Derecho civil. Lo dicho sobre ellos se ha resumido así: frente “absolutistas, positivistas, legalistas, conservadores que recelan de los principios temiendo que sean causa de inseguridad jurídica, arbitrariedad en el enjuiciar y debilitación del Estado”, los iusnaturalistas, entre otros, “piensan que reflejan el espíritu del pueblo, anclan el ordenamiento en el Derecho natural, dan flexibilidad a las disposiciones para adaptarlas a las circunstancias cambiantes, y los utilizan para abrir paso a sus convicciones frente al orden establecido” (9). Se distinguen tres tipos de principios como fundamentales: las reglas de Derecho natural, que son “las que legitiman al Derecho del Estado” (10); “Los principios jurídicos sociales, tradicionales, nacionales (espíritu del pueblo) que son los que individualizan internamente los ordenamientos jurídicos”; y “los principios organizadores de la comunidad o principios políticos” (11). A los principios generales se les atribuye “valor primordial respecto a todas las de-

(8) En esta cita se han suprimido también las notas.

(9) Por su mayor concisión se cita ahora excepcionalmente lo dicho en *Compendio de Derecho civil*, 1970, p. 96.

(10) Id, p. 97.

(11) Id, p. 98.

más reglas del ordenamiento"; "La fuerza de los principios básicos se manifiesta muy llamativamente en caso de contradicción insalvable con otras reglas (eficacia derogatoria, correctora)" (12).

7. Otro texto sometido a análisis por el profesor Hernández Gil, dice así: "Debe tenerse presente que el Derecho positivo realiza una doble actuación: una estricta, la que el Derecho natural deja a su particular determinación (régimen político) y otra complementaria, aplicar y desarrollar el mismo Derecho natural; en esta última se comprende la regulación de la familia y la persona" (pág. 40).

La crítica se centra en la frase "régimen político". Tomándola como ocasión o pretexto de consideraciones más alejadas que conexas al texto, se observa que no coincide con las versiones más puras del iusnaturalismo (pág. 351) y se considera inexplicable "cómo cuando se profesa el más fervoroso iusnaturalismo se excluye su proyección en la esfera del régimen político, la más necesitada de sometimiento al deber ser jurídico" (pág. 352).

El término régimen político puede emplearse con un sentido muy estricto; la elección de régimen político supone, por ejemplo, decidir entre monarquía y república, entre cámara única o bicameral. Esta particular determinación, como de carácter más técnico que sustantivo, queda fuera del alcance directo del Derecho natural. También puede entenderse de modo más amplio, como organización de la comunidad y, en este caso, se completa el mismo texto diciendo que ella ha de servir a "los valores más altos del hombre" (pág. 41) y en nota se añade: "Así lo impone la jerarquía de fines: la comunidad está al servicio de los valores superiores humanos" (pág. 41, n. 1). Aparece así, claramente, el sentido en extremo estrecho en que se hace, entre paréntesis, referencia a "régimen político". El respeto a la persona, a esos valores más altos del hombre, implica el puesto que le es debido en la comunidad. No puede ser considerado por los poderes públicos como objeto, solamente como objeto, es sujeto y cotitular de la comunidad, ha de respetarse su condición de persona, de ser social; y del respeto debido a la persona derivan sus derechos en la organización de la comunidad (voto, asociación, cuerpos intermedios, reunión, etc.).

La duda que pudiera resultar del empleo del término "régimen político" no puede darse, no sólo por las consideraciones hechas en el mismo texto en el que se emplea, sino también atendiendo a lo dicho al tratar de la distinción de Derecho público y Derecho privado: "El Derecho realiza su función en dos direcciones fundamentales: para que la persona realice sus fines (sustantivos), lo que presupone (como ser social) la organización y conservación de la comunidad; para que la comunidad realice sus fines (instrumentales), lo que presupone (como comunidad jurídica) que haga respetar y proteger a la persona" (pág. 99).

(12) Id, p. 99.

§ 8. Un buen ejemplar, de la técnica interpretativa lamentada, es el trato dado a la frase “lo mismo que la política no es partidismo, es el apoliticismo es un subtipo de la política liberal” (pág. 47). Leído sin prejuicios, la calificación hecha del apoliticismo como *subtipo* del liberalismo, supone haber admitido que bajo el título liberalismo se albergan ideas e ideologías diferentes y que sólo se hace referencia a un subtipo de liberalismo, a aquel que pretende separar el Derecho de “todo contenido político y dejarlo reducido al puro juego de las normas”.

Nuestro comentarista olvida enseguida aquel calificativo de subtipo y entiende aplicado lo que se ha dicho del apoliticismo a “la ideología liberal ampliamente entendida” (pág. 353). Lo que llevará a la consiguiente pregunta: “¿Pueden considerarse inseparablemente ligados liberalismo y apoliticismo?” (pág. 354).

Si no se hubiera perdido la memoria de la advertencia hecha, entre la masa de consideraciones subjetivas, se hubiera contestado que, conforme a lo dicho en “Derecho civil de España”, está inseparablemente ligado al apoliticismo hipócrita una clase de política liberal, aquella que pretende dejar limitado lo jurídico al puro juego de las normas (legalismo).

§ 9. El ilustre profesor Hernández Gil ha tenido la gentileza de otorgarme el título de pluralista. Llega a decir que “el pensamiento del profesor De Castro es prototipo del pluralismo jurídico” (pág. 374). No me quejo de ello, y hasta es posible lo merezca dado lo amplio de la gama de pluralismos que Hernández Gil considera. Lo que no me parece ya convincente es la razón o las razones dadas para clasificarme así.

El que, al tratar de la interpretación de las leyes, se “proclame” en “Derecho civil de España” la utilización de todos los elementos interpretativos, da pie a que se diga: “Luego, en punto a interpretación, no siendo De Castro sincretista, admite un pluralismo” (página 312). Este razonamiento, me temo adolece del defecto de no haber atendido al alcance dado por mí a la distinción entre “procedimiento de interpretación” y los “datos utilizados para la interpretación”. Por interpretación de la ley se ha entendido el averiguar el sentido normativo de la ley a través de los signos externos que manifiestan su mandato. El procedimiento de investigación adecuado será aquel que corresponda a lo que se entienda por sentido normativo. Para saber cómo se ha de proceder en la búsqueda habrá que saber primero lo que se busca. Si ello es así, parece evidente la conexión interna (unidad) entre concepto de Derecho, sentido normativo y procedimiento de interpretación (13).

(13) Se dice en *Derecho civil de España*, “La ley recibe su autoridad del que la crea (auctor), ha de atenderse, primeramente, a la voluntad visible en el mandato; esta voluntad será, normalmente (excepto respecto al tirano) no una voluntad individual, sino una que pueda ser y sea valorada como expresión o representativa del querer de la comunidad. La esencia de la ley, lo que le da valor jurídico es su *ratio*, que determina su *vis directiva*.”

¿El tener en cuenta una variedad de datos para la interpretación implica pluralismo? Para contestar esta interrogante habrá que considerar lo diverso de los planos en que juega "procedimiento de interpretación" y "datos utilizados para la interpretación". El procedimiento supone planteada y resuelta la cuestión del método a seguir. Los datos, como advierte la rúbrica bajo la que se examinan, se refieren estrictamente a la "Práctica de la interpretación de los textos legales". No se trata ya de atender al método propio o conforme a la naturaleza de lo jurídico, sino de aquellas apoyaturas del más distinto valor y alcance, más retóricas que lógicas, de que se sirven jueces, abogados y comentaristas para apuntalar sus interpretaciones de las leyes y convencer de la bondad de sus soluciones.

Esto se había dicho claramente en "Derecho civil de España"; así, el apartado "Datos utilizados para la interpretación", comienza con estas frases: "En la doctrina jurídica, al disminuir hasta desaparecer la conciencia de la subordinación de las leyes a sus fines y buscarse la base de su autoridad en circunstancias externas, se hace preciso encontrar reglas de carácter técnico también para la interpretación. Primero se acumulan por los autores citas de las más distintas clases y orígenes para guía del intérprete; luego la escuela de Lovaina propone otro sistema, señalando unos medios ordenados de interpretación. Acogidos éstos, en lo fundamental, por Savigny, se aceptan desde entonces por los autores cuatro medios de interpretación, gramatical, lógico, histórico y sistemático. No son los únicos tenidos o que deban tenerse en cuenta, pero pueden ser útiles todavía para agrupar en torno suyo las indicaciones prácticas que sobre el uso de los medios o datos interpretativos ha ido acumulando la prudencia de los juristas" (14). Me permito pensar, por lo dicho, que "en punto a interpretación" no merezco el calificativo de pluralista; otra cosa sería, respecto a los datos o medios utilizables en la práctica para la interpretación de las leyes.

Hernández Gil deja de comentar, para sostener: "El fin no es exclusivamente fin respecto del criterio teleológico" (pág. 316). Este punto de vista hace, posiblemente, que no haya advertido la importancia que a mi parecer tiene la distinción entre datos externos que la práctica utiliza y la finalidad de la ley; para cuya averiguación se tienen en cuenta esos datos. La que se ha procurado poner de relieve, al referirse al "dato" del "sentido lógico", entendido como "fin de la ley": "No es éste, en realidad, un medio o elemento de la interpretación; es el objeto que la interpretación persigue y a cuya consecución han de coadyuvar los verdaderos medios de interpretación. El haberse incluido entre los elementos de la clasificación de Savigny ha tenido el buen resultado de permitir a la práctica continuar afirmando el deber de respetar la *mens legis*, a pesar del creciente influjo del conceptualismo jurídico" (pág. 522).

El contenido de la ley se centra, realmente, en su *fin jurídico*, esto es, en el fin mediato, general e implícito de dictarse para el bien común y para la mejor realización de la justicia", pp. 512-513. Se han omitido las notas.

(14) Pág. 520. Se suprimen también las notas.

“No cabe un mayor pluralismo” (pág. 313) proclama todavía el profesor Hernández Gil, refiriéndose a lo dicho sobre el modo de apresar el sentido de cada ley. El texto que le sirve de base para tal afirmación dice: “El texto legislativo más claro necesita de la interpretación y no sólo porque el lenguaje requiere siempre una interpretación racional, y más cuando se trata de lenguaje técnico, sino por ser necesario averiguar su *sentido normativo*. Si al formularse una ley se logra expresar su fin de modo perfecto, puede parecer que a la ciencia jurídica nada le cabe ya hacer; pero debe advertirse que el sentido de una ley no está creado sólo por ella, sino que resulta de su puesto en el ordenamiento; lugar y significado tampoco fijos o invariables, sino que pueden cambiar, en función de la situación actual de la norma en el ordenamiento jurídico” (pág. 513). “Esta *variabilidad* de la interpretación no es una invención anarquizante de la escuela del Derecho libre, sino que resulta de la propia naturaleza del Derecho. La autoridad que da valor a la ley no es la del antiguo soberano, sino la de quien la mantiene en vigor; la razón que justifica la ley no es el porqué se diera en el momento de su promulgación, sino el valor que tenga y conserve en el ordenamiento actual, aquello en que pueda continuar sirviendo al bien común y a la justicia” (pág. 514) (15).

Me parece que el largo texto copiado no supone un pluralismo “en punto a la interpretación de las normas”. Antes bien, supone la aplicación del criterio unitario utilizado como “procedimiento de interpretación” y se atiende conforme al mismo, a la postulada unidad del ordenamiento jurídico.

Todavía Hernández Gil nos dirá que mi doctrina “alcanza el pluralismo máximo” al admitir tres órdenes jurídicos: divino, natural y positivo (pág. 329). En esta afirmación puede verse, me parece, una confirmación de lo dicho sobre la pluralidad de sentidos en que puede emplearse el término “pluralismo”. Puede considerarse típico del pluralismo no el estimar como distintos entre sí varios ordenamientos, sino además, el separarlos como mundos independientes, cada uno con separado e incomunicable valor normativo. Entonces, no sería verdaderamente pluralista quien pensara que existe una conexión y subordinación jerárquica entre dichos ordenamientos.

Lo que importa, creo, no es la cuestión de la etiqueta que se imponga (pluralismo, monismo), sino el sentido que a ella se le haya dado.

§ 10. Espero que el objetivo de estas notas se haya cumplido con lo dicho. Me permito insistir en que no he pretendido discutir los puntos de vista de Hernández Gil, en las muchas cuestiones que va tocando, ni defender mis propias opiniones, y que tampoco intento responder a la crítica continuada e insistente de que se las hace objeto. Lo que me importa —y no quiero se distraiga la atención del lector con discusiones laterales— es tan solo, por el momento, que

(15) Se han suprimido las notas que acompañan al texto.

quede en claro el sentido de lo que yo escribiera en "Derecho civil de España", en contraste con la interpretación deformadora propuesta por el ilustre profesor, en ese capítulo, el VI de su "Metodología", que amablemente me dedica.

§ 11. Antes de concluir estas notas creo indispensable hacer un breve examen de conciencia. Comprendo la molestia y hasta la irritación que ha producido y sigue originando la forma tajante, a veces dura, con la que critico y rechazo las opiniones de quienes siguen teorías positivistas, escépticas, dubitativas, veletas al viento de la moda, sincréticas (en sentido peyorativo), o de quienes, al dejar abiertas las cuestiones fundamentales, favorecen el relativismo o el agnosticismo. Esta actitud mía impaciente, si no justificación tiene su explicación. Para mí, el cometido del jurista, no se reduce a lo profesional; merecer ese nombre supone comprometerse en su vida y existencia; "su oficio es la búsqueda de la verdad y su finalidad la realización de la Justicia" (pág. 546). Creo, todavía, que tiene el deber en conciencia de procurar discriminar lo justo de lo injusto, intentar en lo posible la redacción, interpretación y aplicación más justa de las reglas organizadoras de la sociedad. No ignoro que dicha concepción del Derecho será para muchos dechado de lo utópico, extraña a las realidades de la sociedad de consumo, etc., etc. Para mí, sin embargo, sigue siendo la piedra fundamental, que arrancada o desconocida deja sin base o hace se derrumbe el edificio jurídico; que hasta el nombre de Derecho le resulte inapropiado entonces.

Es verdad que no desconozco que la labor científica presupone la duda, el equivocarse y el probar, que la ciencia jurídica ha sido y sigue consistiendo en un continuo plantearse problemas. Mas también es cierto que la labor científica ha de partir de algún axioma, de un fundamento aceptado como verdadero o evidente. Para la ciencia jurídica lo es el concepto de Derecho, la naturaleza de lo jurídico.

La diferencia de enfoque sobre el fundamento del Derecho, aquí aludida, no es el simple ver las cosas en diferente perspectiva. La afortunada metáfora de Ortega y Gasset pone bien de relieve un hecho de la experiencia. Un objeto bicolor parecerá blanco o negro según desde donde sea visto; pero —y aquí está la falla del perspectivismo— no *será* sólo blanco o negro; decir que es blanco o negro serán verdades parciales. Para saber lo que el objeto *es* habrá que calar por detrás de las apariencias y hacer todo lo posible para atisbar su esencia; así y sólo así podrá conseguirse llegar a lo total de su verdad.

Todavía, y para terminar, deseo añadir que me doy cuenta de la repugnancia y de la dificultad para comprender lo dicho o lo que otro quiere decir cuando se parte de puntos de vista dispares o contradictorios. De ahí que, muchas veces, parezca diálogo de sordos la discusión entre hombres de ciencia, aun entre los de mejor buena fe. Los prejuicios muchas veces no dejan conocer lo que nos quiere decir nuestro interlocutor.

Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos

MARIANO RAJOY SOBREDO,

Presidente de la Audiencia Provincial de Pontevedra

I. FINALIDAD DE ESTE TRABAJO

Como es sabido, la moneda, aparte de su valor nominal, que es el que le asigna el Estado, tiene otro comercial o en curso, que viene determinado por su poder adquisitivo, y, por ello, a diferencia de aquél, es variable, ya que, como dice la sentencia de 29 de septiembre de 1966, depende de la cantidad de bienes o servicios que pueden adquirirse con una unidad monetaria, y de hecho, por causas que no corresponde aquí examinar, este valor, desde hace muchos años, viene disminuyendo de forma sensible e ininterrumpida, con el consiguiente perjuicio para los acreedores, desde el momento en que, para ellos, en definitiva, se traduce en una merma del valor real de sus créditos, en beneficio de los deudores, produciéndose así un desequilibrio de las respectivas prestaciones, que puede llegar a ser de gran entidad en los contratos de tracto sucesivo, y de modo muy especial, en los arrendamientos urbanos, por su usual larga duración, consecuencia de la prórroga que el arrendatario puede imponer al arrendador, quien de esta manera se ve obligado a mantenerlo en el uso del local, prácticamente, durante tiempo indefinido, pese a que el valor efectivo de la contraprestación que recibe, o sea, la merced arrendaticia, va disminuyendo de modo continuo, paralelamente a la devaluación del dinero.

Pues bien, como remedio para corregir la señalada anomalía y mantener la equivalencia de las prestaciones de las partes en estos contratos, han aparecido modernamente una serie de cláusulas, entre las que destacan las de escala móvil y las de elevación de renta, que son las más frecuentes y, por ello, las que han motivado una Jurisprudencia más numerosa, que es la que vamos a examinar seguidamente, si bien concretándonos al problema de la validez y eficacia de tales cláusulas, después de fijar su concepto y las diferencias existentes entre ellas.

II. CLAUSULAS DE ESCALA MOVIL Y DE ELEVACION DE RENTA: CONCEPTO Y DIFERENCIAS

Las cláusulas de escala móvil, que constituyen la modalidad más moderna de las cláusulas estabilizadoras, consisten, en síntesis, en señalar en los contratos de tracto sucesivo, un precio en dinero, de cuantía variable, que se regula con relación a cierto índice, que lo mismo puede aumentar que disminuir, y cuyas oscilaciones sigue, variando en la misma proporción que éste.

Tal es, sustancialmente, el concepto que formulan las sentencias de 23 de febrero de 1963, 1 de abril de 1965, 2 de febrero de 1966, 21 de diciembre de 1970, 24 de junio de 1971 y 25 de enero de 1973, y que también se deduce de otras muchas, referentes, según luego veremos, a cláusulas en que se tuvieron en cuenta índices estabilizadores muy variados, principalmente, el coste de la vida, el importe de determinadas retribuciones o salarios, o el precio de algún producto natural o manufacturado, como, por ejemplo, el pan, el trigo, el carbón, etc.

En la mayor parte de las sentencias citadas se precisa que la función específica de estas cláusulas es la de mantener la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos de tracto sucesivo, evitando las consecuencias de la depreciación monetaria, que, a la larga, puede originar una injusticia en perjuicio del acreedor, pues aunque el valor nominal de la prestación que éste recibe sigue siendo el que se había convenido, la realidad es que se va depreciando con el transcurso del tiempo, al disminuir su poder adquisitivo.

La propia Jurisprudencia también ha puntualizado que para que una cláusula deba ser considerada como de escala móvil, es requisito inexcusable que pueda originar tanto el aumento de la renta, como su reducción, beneficiando, en el primer caso, al arrendador, y en el segundo, al arrendatario, según las alteraciones que experimente el índice elegido. En tal sentido pueden citarse las sentencias de 23 de febrero de 1963, 1 de abril de 1965, 2 de febrero de 1966, 9 de febrero de 1967, 3 y 11 de octubre de 1968, 21 de diciembre de 1970, 24 de junio de 1971, 7 de julio de 1972 y 25 de enero de 1973, de las cuales resulta, según se verá a exponer con más detalle su doctrina, que no son propiamente cláusulas estabilizadoras, sino de mera elevación, tanto las que establecen un aumento fijo y periódico de la renta, ya sea indefinidamente o sólo hasta un tope predeterminado, como aquéllas en que el aumento es condicionado y en proporción al que pueda sufrir determinado índice, pero excluyendo la posibilidad de que la renta sea objeto de reducción, en el supuesto de descenso del índice.

III. SENTENCIAS MAS IMPORTANTES DICTADAS SOBRE EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE ESTAS CLAUSULAS

A) Cláusulas de escala móvil.

Las sentencias que se han pronunciado sobre el particular, son las siguientes, que resumimos siguiendo un orden cronológico:

Sentencia de 13 de noviembre de 1952, que considera nula la cláusula contenida en un contrato de arrendamiento de local de negocio, concertado el 30 de noviembre de 1942, por la cual se estipuló que la renta se pagaría por trimestres anticipados, a razón, cada trimestre, del valor en pesetas de 3.300 kilogramos de pan al precio oficial. La doctrina que establece es la que reflejan los siguientes considerandos:

“... que para decidir acerca de tal validez o ineficacia hay que determinar cuál es la legislación aplicable, y ésta no puede dudarse que es la anterior a la Ley de Arrendamientos Urbanos, atendida la fecha del contrato, sin que obste a ello la retroactividad de sus preceptos, que nunca podría extenderse a juzgar a posteriori conforme a una legalidad actos anteriores, sin expresa declaración que así lo autorizara.”

“... que la legislación vigente en dicho momento sobre la materia eran los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, conforme a los cuales (artículos 4 y 6 del último, singularmente), no se podrán admitir otros aumentos de renta que los expresamente determinados en la Ley, derecho del inquilino a la renta legal que, por otra parte y por razones de interés social, es totalmente irrenunciable, conforme al artículo 11 de la segunda de las expresadas disposiciones.”

“... que la cláusula en cuestión..... resulta totalmente contrario a los preceptos invocados..., y no se oponga que, conforme al artículo 11 de la Ley actual, los derechos concedidos a los arrendatarios de locales de negocio son renunciables por éstos, salvo el derecho a la prórroga, porque siendo la mencionada cláusula nula de derecho conforme a la legislación vigente cuando se estipuló, sería preciso para darle nueva eficacia un acto de renuncia verificado por el arrendatario con posterioridad a la nueva Ley, que no se ha producido, ni tampoco la posibilidad conforme a dicha cláusula de que la renta pudiese descender por bajo de la legal si descendiera el precio oficial del pan, porque, aparte de otras razones, tal hipótesis no se ha producido, sino la contraria.”

Sentencia de 3 de marzo de 1962, que estima también nula la cláusula, inserta en un arrendamiento de local de negocio de fecha 30 de

noviembre de 1948, en la que se fijó como precio el valor de 203 horas de trabajo de un peón especializado del ramo de la construcción, con base en los dos siguientes considerandos:

“... que la estipulación litigiosa está sometida y se gobierna por la legislación especial de arrendamientos urbanos, dictada en circunstancias especiales, por motivos de interés social, para resolver el acuciante problema de la escasez de viviendas, orientada y basada en dos postulados fundamentales: prórroga forzosa del contrato para el arrendador y renta legal inalterable, pues de lo contrario perdería eficacia su finalidad, y por ello no son viables aquí cuantas argumentaciones se exponen, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial, en torno a las obligaciones en general, que buscan en la llamada cláusula de equilibrio o estabilidad amparo de justicia conmutativa que demanda equivalencia de las contraprestaciones en juego en los contratos onerosos, sin que tampoco se pueda decir que este precepto de equidad está ausente de la legislación especial, pues lo que ocurre es que como la Ley de índole social dictada para un fin determinado, mirando el interés general, ha regulado de manera específica la forma de atemperar el precio-renta al índice económico de coste de vida, y a este designio se encaminan los artículos 95 y siguientes de la actual Ley, en relación con las disposiciones adicionales 6.^a y 7.^a, de todo lo cual se infiere que es contrario a la Ley todo pacto por el que se acuerde el aumento de la renta legal en forma diferente a las normas dadas en el artículo 100 de la Ley y correlativos de las disposiciones adicionales.”

“... que la cláusula litigiosa es nula, por cuanto en ella se conviene la fluctuación o elevación de la renta legal, fijada por el artículo 95 de la Ley....., que previene que la renta de las viviendas y locales de negocio cuyo arrendamiento subsista el día que empieza a regir la presente Ley, será la que en tal fecha cobrarse el arrendador, con los incrementos que viniera percibiendo, y va contra lo dispuesto en el artículo 100 y disposición adicional 6.^a, donde se establece la fórmula de revisión atendiendo a los índices ponderados de vida, con los informes y acuerdos que regula.”

Sentencia de 19 de diciembre de 1966, que se refiere a un arrendamiento de local de negocio, suscrito el 1 de mayo de 1959, en el que se pactó que la renta, de 102.000 pesetas anuales, pagaderas por meses adelantados, sería revisable cada cinco años o antes, porque se había fijado en relación con el precio oficial del carbón cribado en Madrid, que en la fecha del contrato era la de 994 pesetas la Tm.,

por lo que cualquiera alteración que éste sufriese provocaría la del precio del arrendamiento en la misma proporción.

Discutida la validez de la anterior cláusula, el Tribunal Supremo resolvió que era válida, con base, simplemente, en la siguiente argumentación:

“... que es visto que al amparo del artículo 97 de la Ley —se refiere al texto articulado de 1956— se puede pactar con libertad la cláusula de estabilización de renta que previene variaciones conforme al precio del carbón, y ningún beneficio renunció el arrendatario, si la renta era libre para el contrato, pues sólo se pactó una revisión distinta de la del artículo 100, por voluntad de las partes, que viene autorizada por el artículo 5 del Decreto de 6 de septiembre de 1961...”

Sentencia de 4 de febrero de 1967, que, de acuerdo con la anterior y refiriéndose también a un arrendamiento de local de negocio, considera correcta la “tesis de que desde la publicación de la Ley de 1956 existe libertad de las partes para convenir un sistema propio de actualización de renta”.

Sentencia de 8 de febrero de 1967, que puso fin a un proceso motivado por un contrato de arrendamiento de un local que había de ser destinado única y exclusivamente a clínica médica, concertado el 30 de septiembre de 1961, y en cuya cláusula 2.^a se convino que el precio inicial de 178.000 pesetas anuales, sería revisado a partir del 1 de octubre de 1963 y sucesivos, en función a la diferencia que existiese entre los índices generales del coste de la vida para Madrid publicados por el Instituto Nacional de Estadística para el año 1961, y los publicados por dicho Instituto u Organismo encargado de establecer el expresado índice, para el año inmediatamente anterior a aquél en que se practicase la revisión. Además, se añadió que el arrendatario, conforme a lo dispuesto en el artículo 6-2.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, renunciaba a cuantos derechos pudieran corresponderle, salvo el de prórroga, para que el contenido de la obligación pecuniaria de la cláusula 2.^a conservase a través de los acontecimientos que en el futuro pudiesen surgir, y, en especial, la depreciación monetaria, el mismo valor estimativo que había tenido para las partes al contratar, a fin de conseguir de este modo el cumplimiento del principio de justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos.

El arrendatario reconoció la validez de la anterior cláusula, aunque estimó que no había sido bien aplicada, por lo que el Tribunal Supremo no tenía por qué haberse pronunciado sobre aquel extremo, pese a lo cual en uno de los considerandos de su sentencia dice que tal cláusula “encarna un pacto de estabilización autorizado por la Ley de Arrendamientos Urbanos y la doctrina jurisprudencial”.

Sentencia de 15 de febrero de 1972, que, con relación a un contrato de arrendamiento de local de negocio, otorgado el 1 de febrero de 1962 y en el que se señaló como renta la de 200 quintales métricos de trigo al año, a pagar por mensualidades, en metálico, a razón del precio que, a efectos de renta, se fijasen para las diferentes campañas, declaró que “la Ley no pone obstáculos a la admisión de estas cláusulas..., como ha reconocido la Jurisprudencia”.

Sentencia también de 15 de febrero de 1972, que puso término a un proceso en que se discutió la eficacia de una cláusula de actualización de renta pactada en un contrato de inquilinato de fecha 30 de marzo de 1966, cuyo contenido no se inserta en los Resultandos de esta sentencia, ni tampoco en sus Considerandos; la cual, relativamente al motivo segundo del recurso, en que se denunciaba la infracción del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, expresa lo siguiente:

“... que tratándose de una cláusula de estabilización libremente pactada, al amparo de la libertad establecida por la Ley en la última parte del artículo 100, número 1.º..., su ejecución está fuera de los preceptos del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, que no le afectaba, ya que su artículo 6 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 ellas, salvo que de modo preceptivo estén afectadas por disposiciones que las hagan ineficaces...”

Sentencia de 7 de julio de 1972, que al reputar válida una cláusula de escala móvil basada en las alteraciones del índice del coste de la vida, que fue incluida en un arrendamiento de local de negocio celebrado el 20 de noviembre de 1962, sienta la siguiente doctrina:

“... que las sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 1957, 30 de octubre de 1964, 19 de diciembre de 1966 y 11 de octubre de 1968, han estimado que las cláusulas de estabilización de las rentas de los arrendamientos urbanos estaban autorizadas, con anterioridad a la legislación vigente, por el artículo 5 del Decreto de 6 de septiembre de 1961, y con posterioridad a esta fecha, por los artículos 97, 98 y 100, párrafo 1.º, de la Ley de 11 de junio de 1964, reconociendo su validez siempre que no se limiten a establecer un aumento progresivo de la merced locativa....., sino que atemperen sus efectos a las oscilaciones que sufra el coste de la vida, de forma tal que prevean la posibilidad de reducción del primitivo precio...”

“... que al haberse acreditado en las actuaciones, por certificación del Instituto Nacional de Estadística, que desde septiembre de 1966 a igual mes de 1970, se elevó el coste de la vida en un 27,7 por 100, no existe razón alguna para denegar, con apoyo en el artículo 6.º del Decreto-Ley de 27 de septiembre de 1967 y el Decreto de 11 de junio de 1970, el aumento que se solicita en la demanda, ya que de otra forma se convertiría en ilusorio, al menos en parte, el pacto de estabilización convenido entre las partes y..... la congelación de rentas impuesta en el primero de los citados Decretos se concretó a los nuevos porcentajes que el Gobierno podía establecer en uso de las facultades que le estaban concedidas, y no a otros distintos...”

Sentencia de 20 de noviembre de 1972, que refiriéndose a una cláusula de escala móvil pactada en un arrendamiento de local de negocio, en que se tomó como índice el coste de la vida en Madrid Capital, reitera la doctrina de las dos anteriores, al afirmar, por un lado, que tal cláusula es admisible en nuestro Derecho, y, por otro, que no constituye obstáculo a su virtualidad el Decreto-Ley de 27 de septiembre de 1967, por no referirse a las cláusulas de estabilización de renta, sino exclusivamente a la facultad reconocida al Gobierno para determinar nuevos incrementos de renta en los supuestos en que era necesaria una disposición gubernativa.

Sentencia de 22 de diciembre de 1972, que insiste en la misma doctrina sentada por las precedentes, al resolver sobre la eficacia de una cláusula estabilizadora libremente convenida por las partes en un arrendamiento de local de negocio, por la cual la renta inicial se actualizaría en la misma proporción que el aumento del coste de la vida conforme a los datos oficiales.

Setencia de 25 de enero de 1973, que, casando la de instancia, declara válida la cláusula de los cuatro contratos de arrendamiento de local de negocio existentes entre las partes, tres de ellos de fecha 21 de noviembre de 1962, y el otro, de 18 de diciembre de 1965, en la que se convino la fluctuación de la renta en la misma proporción que experimentase el jornal base mínimo. Para ello se basó en la doctrina que refleja el siguiente Considerando:

“... que los preceptos relativos a la renta, que tuvieron carácter de derecho necesario con anterioridad a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, pasaron a ser posteriormente normas de derecho dispositivo, quedando sometida la regulación de la materia a la voluntad de las partes, de conformidad con el principio contractual establecido en el artículo 1.255 del Código civil, libertad contractual más amplia, respecto de la cuantía de la renta, en los arrendamientos de locales de negocio posteriores a la Ley de Arrendamientos Urba-

nos de 22 de diciembre de 1955, y extensiva, por el artículo 97 de la vigente, a las viviendas arrendadas con posterioridad a la entrada en vigor de ésta, siendo indudable la licitud de establecer medios correctores de las posibles variaciones que, de hecho, puede experimentar el valor del dinero respecto a su poder adquisitivo, los cuales no serán válidos cuando únicamente impliquen una constante elevación de la renta, sin posibilidad a la vez de disminución de ella, para el supuesto contrario en que baje el coste de la vida o el importe de los salarios o de los artículos o índices fijados como módulos reguladores, que no pueden ser únicamente de aumento fijo e indefinido de la renta, ya que alteraría la proporcionalidad equitativa y haría ilusoria la prórroga contractual..., pero cuando se fijan índices que tanto pueden aumentar como disminuir la renta referida a ellos, las cláusulas sí serán propiamente estabilizadoras de la renta y desplegarán la eficacia derivada de su validez, cual sucede con la sexta de los contratos mencionados, en la que se contempla no sólo el supuesto de alteración en más del jornal base mínimo elegido como índice, sino, también, en menos...”.

B) *Cláusulas de elevación de renta.*

Entre las sentencias referentes a las modalidades más usuales de este tipo de cláusulas, merecen destacarse las siguientes:

a) *Cláusulas que establecen un aumento fijo, periódico e indefinido de la renta.*

Sentencia de 18 de febrero de 1957, que se pronuncia sobre la validez de una cláusula en la que se pactó que la duración de un contrato de arrendamiento de local de negocio, concertado el 12 de marzo de 1951, por la renta de 120.000 pesetas anuales, sería la de tres años, transcurridos los cuales podría prorrogarse por otros cinco, con aumento del 25 por 100 de la renta, y al finalizar la prórroga, por otro período igual, pero con el mismo aumento del 25 por 100, y así sucesivamente.

Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron válida la cláusula, por lo que el arrendatario interpuso recurso de injusticia notoria, alegando, sustancialmente, que, si bien conforme al artículo 122 de la Ley que entonces se hallaba en vigor, o sea, el texto articulado de la de 31 de diciembre de 1946, en cuanto a las fincas construidas o ocupadas por primera vez después del 1 de enero de 1942, era libre la estipulación de la renta con su primer ocupante, una vez fijada, no podía ser elevada bajo ningún pretexto, por prohibirlo el propio precepto, en relación con el siguiente artículo 128, los cuales

en modo alguno podían ser interpretados, por implicar ello un absurdo, en el sentido de que una renta pactada con la expresada progresión geométrica era la renta inicial aludida en el citado artículo 122, ya que, entonces, de hecho no permanecería inalterada, sino que iría aumentando sucesivamente, con la consiguiente infracción de tales preceptos, así como del artículo 4 del Código civil y 11 de la propia Ley, e, incluso, de los 44 y 70 de ésta, en cuanto establecían, respectivamente, los derechos de traspaso y de prórroga, que de esta manera resultarían ilusorios.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso, de acuerdo con la doctrina que refleja los siguientes Considerandos:

“... que es evidente la unidad del contrato para el tiempo total de su vigencia, puesto que lo convenido para tiempos posteriores al de tres años fueron no nuevos contratos de arrendamiento del mismo local, sino prórrogas del contrato, que por virtud de ellas seguiría vigente, sin solución de continuidad...”

“... que, en tal supuesto, al transcurrir el primer tiempo previsto y prorrogarse el contrato por la prórroga convenida, no variaba ninguna de sus cláusulas, ni siquiera la referente al precio convenido por cada tiempo del arrendamiento, no al principio de cada prórroga, sino en el momento de la generación del contrato...”

Sentencia de 23 de febrero de 1963, que, en contraste con la anterior y casando la de la Audiencia, reputa nula la cláusula que se incluyó en un arrendamiento de local de negocio otorgado en el año 1963, en cuya virtud, a partir del quinto año de vigencia del contrato, la renta pactada, que era la de 88.000 pesetas al año, tendría un aumento progresivo del 10 por 100 anual.

Como doctrina más interesante de esta sentencia, recogemos la que expresan los párrafos que transcribimos a continuación:

“... que la característica de las cláusulas de estabilización consiste en la referencia del pago en dinero a un patrón mercancía que en su cambio por otras sea menos susceptible de los bruscos desequilibrios que el signo monetario oficial, y, por lo tanto, lo pactado en la cláusula discutida no puede calificarse como una cláusula de estabilización, puesto que sin ser determinada la cuantía del pago por las circunstancias económicas, que teóricamente pueden estar, como en el momento presente, bajo el signo de la estabilidad, establece un aumento constante, fijo e indefinido que, por el contrario, va contra la pretendida proporcionalidad equitativa de las respectivas prestaciones y contra las directrices de nuestro sistema jurídico, que exigen una seguridad en los límites de los créditos y sus garantías en el tiempo y en la cuantía.”

“... que prescindiendo del problema... de si es admisible la cláusula de estabilización en la legislación de arrendamientos urbanos..., por no ser el planteado en el presente caso, ha de considerarse el segundo punto relativo a si es válido y aplicable el otro fundamento del fallo recurrido, que consiste en determinar si se trata simplemente de una renuncia al derecho de limitación y, en su caso, de reducción de renta, renunciable conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de 1946; pero el razonamiento de la sentencia recurrida olvida que la determinación de la renta se refiere al momento inicial del contrato, según se infiere de la propia redacción de los artículos 118 y siguientes..., y que la renta contractualmente pactada ha de ser estable, puesto que las elevaciones posteriores ya no pueden ser objeto de pacto, sino que están determinadas, o por conceptos previstos en la Ley, tales como la repercusión de elevación de contribuciones, o del coste de los servicios o suministros (artículo 125), o cuando el Gobierno lo disponga, en uso de las facultades que le confiere la disposición transitoria 11, párrafo 2.º, precisamente, para adecuar la renta a las limitaciones de la economía nacional, que es la razón que alega la sentencia recurrida para justificar la estipulación discutida, según la cual resultarían usurpadas por la iniciativa privada facultades reservadas por la Ley privativamente al Gobierno; por eso el artículo 128 dice que fuera de los casos expuestos se reputará ilícita cualquier elevación de renta que realice el arrendador...”

“... que, como dijo la sentencia de 30 de octubre de 1961, carece de valor todo pacto que varíe o limite la duración legal de los arrendamientos de edificios urbanos; y si tenemos en cuenta la ecuación renta-prórroga, que ha sido la que ha tratado de salvar la Ley mediante la estabilidad del primer término de dicha ecuación, resulta evidente que el señalamiento de una renta que se eleve de una manera fija, constante e indefinida, ha de conducir necesariamente al efecto de destruir toda proporcionalidad en las prestaciones... y a la imposibilidad de continuar en el uso del local, haciendo ilusoria la prórroga y habilitando con ello una fórmula para burlar su irrenunciabilidad establecida en el artículo 11 de la repetida Ley de Arrendamientos Urbanos, que, por ser de orden público, vicia de nulidad radical dicha estipulación, conforme el artículo 4 del Código civil.”

Sentencia de 2 de febrero de 1966, que reputa nula la cláusula de un contrato de arrendamiento de local de negocio suscrito el 1 de abril de 1963, en la que, después de fijar como precio desde el día del otorgamiento hasta el 31 de diciembre de 1967, la cantidad

de 900.000 pesetas anuales, se convino que con posterioridad la renta se iría incrementando progresivamente en un 5 por 100 cada dos años.

Los Considerandos que nos interesan de esta resolución son los dos siguientes:

“... que la doctrina jurisprudencial patria ha elaborado la teoría de la llamada cláusula de estabilización o compensación, tendente a corregir la injusticia que representa en los negocios a largo plazo el mantener una contraprestación cuando las fluctuaciones económicas al correr del tiempo han imprimido un cambio radical y sensible que hace desmerecer el valor monetario que representa el precio, la que en esencia consiste en la referencia o adaptación del pago en dinero a un módulo que marque la depreciación del mismo, consiguiendo por este sistema de actualización un equilibrio en los negocios jurídicos en relación con el coste de la vida, de donde se infiere que el tan repetido pacto... no es de estabilización, porque los aumentos que prevé no se atemperan a ningún módulo o fórmula en consonancia con el coste de la vida..., sino que, por el contrario, al margen de la misma señala un aumento periódico e indefinido.”

“... que el expresado pacto ha de reputarse contrario a la Ley, puesto que la subida que autoriza el artículo 100 ha de referirse siempre a la variación por el sistema que el propio precepto determina o mediante otro módulo que las partes establezcan, según dice el Decreto de 6 de septiembre de 1961, porque al no ser así se quebrantaría el fin primordial de la Ley de prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento, pues llegará a una cantidad desproporcionada con la utilidad o beneficio que el uso de la cosa reporta e imposible de mantener económicamente...”

Sentencia de 9 de febrero de 1967, que resuelve el supuesto de dos contratos de arrendamiento de locales destinados a oficina, de fechas 17 de junio y 9 de agosto de 1963, respectivamente, en los que se estableció que la renta inicial se iría incrementando indefinidamente, en un 10 por 100 cada dos años; a cuyo respecto el Tribunal Supremo declaró:

“... que es doctrina fijada por esta Sala en sentencias de 30 de octubre de 1961, 23 de febrero de 1963 y 1 de abril de 1965, que aun autorizadas las cláusulas de estabilización, para situar la renta en armonía con las condiciones de la vida, lo que puede suponer elevación, si sube el coste de la vida, o reducción, si el coste de la vida descende, no están autorizados los aumentos progresivos y constantes que, prescindiendo de toda varia-

ción de las circunstancias económicas, siempre aumenten la renta, y esto porque tales aumentos hacen padecer la ecuación renta-prórroga, llegando a hacer ésta imposible, cuando la renta rebasa las posibilidades del arrendatario...”

- b) *Cláusulas que establecen un aumento fijo y periódico de la renta, pero sólo hasta un tope predeterminado.*

Sentencia de 18 de febrero de 1971, que reconoce plena eficacia a la cláusula de un contrato de arrendamiento de local de negocio, de fecha 15 de febrero de 1967, en la que se pactó que la renta mensual sería de 2.000 pesetas, pero que se aumentaría a 3.000 el segundo año, y después, cada año, a razón de 500 pesetas al mes, hasta alcanzar la cifra de 8.000 mensuales; basándose para ello en las siguientes consideraciones:

“... que el artículo 97 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos 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..., y si bien, según reiterada doctrina de esta Sala, tal libertad en la 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 del señalamiento de una renta que se eleve de manera fija, constante e indefinidamente, sino que, por el contrario, tiene un tope predeterminado, el convenido de las 8.000 pesetas, 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 continuar en el uso del local.”

- c) *Cláusulas que establecen un aumento condicionado y proporcional al que pueda experimentar determinado índice.*

Sentencia de 25 de enero de 1955, que fue motivada por la cláusula de un contrato de arrendamiento de local de negocio, estipulado el 15 de diciembre de 1942, según la cual, siendo el precio oficial del pan en el momento del otorgamiento el de 1,40 pesetas el kilogramo, si el mismo excediese de 1,90, la renta sería incrementada proporcionalmente al aumento que sufriese aquel precio, partiendo

de la expresada cifra de 1,40, y con la aclaración de que, en el caso de disminuir el precio del pan, no existiría repercusión en baja en el del arrendamiento.

El Tribunal Supremo entendió que tal cláusula era nula, basándose en estas consideraciones:

“... que dentro del Código civil, donde se proclama el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual —artículo 1.255 del dicho Cuerpo legal—, hay que otorgar eficacia jurídica a las cláusulas como la indicada, y así lo ha reconocido la doctrina de este Tribunal, al declarar que tales cláusulas constituyen una previsión para garantizar el justo interés contractual y amparar la justicia conmutativa que demanda la equivalencia de las prestaciones de las partes en los contratos onerosos, pero existen en nuestro Derecho leyes y disposiciones que constituyen una excepción a ese principio general e impiden la aplicación de cláusulas de tal naturaleza, como son las que regulan los arrendamientos urbanos, una de cuyas finalidades esenciales es mantener el precio de los arrendamientos, prohibiendo el aumento de su importe más allá de los límites que las mismas señalan y sin que lo establecido en tales Leyes y disposiciones pueda ser derogado por la voluntad de las partes más que en aquello que en tales normas se determina —artículos 6 y 13 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, 6 y 11 del de 21 de enero de 1936, y 121, 128 y 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946.”

“... que la cláusula en cuestión, en cuanto consiente una elevación de la renta basada en las oscilaciones que pueda sufrir el precio del pan, es contraria a los principios de que son expresión los preceptos invocados, y concretamente, se infringen por dicha cláusula lo dispuesto en los artículos 6 y 11 del Decreto de 21 de enero de 1936, que era la disposición aplicable en razón a la fecha en que el contrato se celebró, siendo nula de pleno derecho la cláusula expresada, como contraria a lo dispuesto en los artículos 4 y 1.255 del Código civil, sin que a ello pueda oponerse el carácter retroactivo que a la Ley de Arrendamientos Urbanos asigna la primera de sus disposiciones transitorias, porque tal retroactividad no puede llegar a dar validez jurídica a las cláusulas... que, como la discutida, no la tuvieron en ningún momento, por haber sido inicial y radicalmente nulas por su oposición a la Ley, y, en consecuencia, carece de aplicación al caso el artículo 11 de dicha Ley en cuanto dispone que los derechos concedidos a los arrendatarios de locales de negocio son renunciables por éstos, salvo el de prórroga...”

Sentencia de 30 de octubre de 1964, relativa a un contrato de arrendamiento de local de negocio, de fecha 1 de agosto de 1956, en una de cuyas cláusulas se autorizó al propietario para elevar la renta inicial cada cinco años, proporcionalmente al incremento que experimentase el jornal de los obreros comprendidos en el grupo 4.º del personal de la Reglamentación Nacional del Trabajo en las Industrias de la Construcción; la cual fue declarada válida por esta sentencia, en la que se contienen, entre otros, los siguientes argumentos:

“... que el texto refundido de la Ley de 22 de diciembre de 1955, con relación a los arrendamientos de local de negocio, regula de manera distinta los aumentos de renta, según que el contrato estuviera vigente en el momento de su entrada en vigor, o que sea posterior a esa fecha: para los primeros rige el artículo 98, diciendo que las rentas de las viviendas y locales de negocio a que se refiere el 95 no podrán ser objeto de elevación más que en los casos y proporciones que fija, o sea, que no permite más aumentos que los en ella regulados...; y para los segundos, el artículo 97, que de manera expresa autoriza a que la renta de tales locales será la que libremente estipulen el arrendador y el arrendatario, aunque dichos locales hubiesen estado ocupados con anterioridad a la vigencia del texto legal.”

“... que concertado el contrato en el caso debatido en 1 de agosto de 1956, es visto que al amparo del artículo 97 de la Ley se pudo pactar con absoluta libertad la cláusula... que previene aumentos quinquenales, conforme al aumento de los jornales de determinados obreros, ya que dicha renta libre queda autorizada por tal artículo, y ningún beneficio renunció el arrendatario si la renta era libre para el contrato, ni tal cláusula va contra el artículo 6-3.º de la Ley, que regula la no renuncia de la prórroga forzosa, y aquí la prórroga para nada se afecta, pues sólo se pactó una revisión quinquenal distinta a la del artículo 100, por voluntad de las partes, que viene autorizada y reconocida también por el artículo 5 del Decreto de 6 de septiembre de 1961.”

Sentencia de 11 de octubre de 1968, que reputa válida y eficaz la cláusula de un arrendamiento de vivienda estipulado el 14 de marzo de 1959, en la que se estableció que la renta, que era de 2.000 pesetas mensuales, no sufriría alteración alguna en los dos primeros años, pero a partir del tercero podría el arrendador aumentarla en proporción al aumento que experimentase el coste de la vida, con arreglo a los índices publicados por el Instituto Nacional de Estadística. La doctrina que sienta es la que reflejan los considerandos que a continuación reproducimos:

“... que a la cláusula discutida, por sólo tener en cuenta los aumentos de renta y no considerar el caso de la posible baja del coste de la vida, le falta la condición precisa para ser calificada de cláusula de estabilización, en cuyo sentido el recurso es aceptado, pero como lo que en él se impugna es el fallo, que estima válida tal cláusula, cualquiera que sea su fundamento, se impone resolver sobre la validez o nulidad de la misma, para determinar si se infringió o no el artículo 96” (se refiere a la Ley de 1955).

“... que con arreglo al citado precepto, la renta legal de las viviendas que se arrienden después de la entrada en vigor de la Ley, será la que se estipule para el momento en que empiece a regir el contrato..., y aunque el artículo 99 de dicha Ley, para tales viviendas, fija un régimen de elevación que no es el de que los litigantes se valieron, como el artículo 6, número 2.º, permite la renuncia de derechos por los arrendatarios, salvo el de prórroga, para las viviendas suntuarias y la discutida tiene tal categoría..., es visto que tal convenio de aumento de renta aceptado por el arrendatario entraña una renuncia de derechos, válida conforme a dicho artículo 6.º, porque, sin ser cláusula de estabilización, no ataca la ecuación renta-prórroga, que haría imposible la subsistencia del contrato..., pues somete las subidas a la que experimenta el coste de la vida, con arreglo a índices oficiales...”

Sentencia de 21 de diciembre de 1970, que se pronuncia sobre la validez de la cláusula de un contrato de arrendamiento de local de negocio, de fecha 18 de abril de 1958, que autorizó al propietario para elevar la renta cada seis meses, caso de que se produjese una carestía en el coste de la vida, tomando como módulo, a su elección, el valor oro de las liquidaciones de Aduanas, o bien el precio del aceite de oliva y soja mezclados, o del aceite puro de oliva. El Tribunal Supremo, en esta sentencia, estima acertado el pronunciamiento de la de instancia que declaró la nulidad de la aludida cláusula, sentando la siguiente doctrina:

“... que aunque el sistema nominalista es más útil para la rapidez y regulación de las transacciones, e, incluso, resulta equitativo en los negocios de tracto único o instantáneo, sin embargo, cuando se contemplan negocios de tracto sucesivo, o de ejecución diferida, en que las prestaciones se van realizando espaciadamente y distanciándose, cada vez más, del momento en que se convinieron, no aparece tan equitativo, ya que el dinero que sirve para cancelar las obligaciones ha perdido parte de su valor adquisitivo, y el que se va entregando, aunque nominalmente sea el que se había convenido, en realidad está depreciado.

y no permite adquirir lo que se habría podido comprar entonces.”

“... que para evitar estos resultados que, a la larga, pueden constituir una injusticia, y para corregir, en cierto modo, esas variaciones que, de hecho, experimente el valor del dinero en relación con el poder adquisitivo, se han arbitrado diferentes medios, que se denominan de varias maneras, según la forma de actuación...”

“... que estos medios correctores tienen por finalidad, precisamente, evitar la injusticia de que el acreedor reciba, a consecuencia de la depreciación monetaria, una prestación casi simbólica...”

“... que 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...; y en el 98, incluso, permite que pueda ser objeto de aumento o de reducción por acuerdo de las partes; y en el 100 parece autorizar a éstas para convenir de modo expreso un sistema de actualización de rentas distinto del legal que tal norma establece referido al índice ponderado del coste de la vida; y en el artículo 6.º admite la renunciabilidad de ciertos derechos, incluso, en el arrendatario o inquilino; sin embargo, conjugando estos preceptos con otros del mismo ordenamiento, como son: a) el artículo 95, que determina cuál ha de ser la renta base; b) el 96, que señala las revalorizaciones matemáticas que ésta ha de experimentar; c) el 99, que concreta los supuestos en que podrá ser aumentada por la sola voluntad del arrendador, y d) el propio artículo 100, que para las viviendas comprendidas en el número 2 del artículo 6.º y para los locales de negocio que se encuentren en período de prórroga legal, establece una adaptación bienal a las variaciones del coste de la vida, que decretará el Gobierno para aplicar a la renta revalorizada el índice ponderado fijado por la Dirección General de Estadística, cuando las partes no hubiesen convenido de modo expreso otro sistema de actualización; de la conjugación de aquellos preceptos con éstos, 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 posibilitar, a la vez, la disminución de ella para el supuesto contrario de 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 —no, únicamente, como módulos elevadores— de la renta que se fije

inicialmente en el contrato, pues el artículo 100, ya aludido, hace también expresa referencia a los supuestos en que la adaptación bienal que establece implique una reducción de la renta.”

“... que, con relación a este problema, ya la sentencia de 23 de febrero de 1963 puntualizó que la característica de las cláusulas estabilizadoras consiste en la referencia del pago en dinero a un patrón mercancía que, en su cambio por otras, sea menos susceptible de los bruscos desequilibrios de valor que el signo monetario oficial, y, por tanto, lo pactado en la cláusula discutida no puede calificarse como una cláusula de estabilización, puesto que sin ser determinada la cuantía del pago por las circunstancias económicas que teóricamente puedan estar, como en el momento presente, bajo el signo de la estabilidad, establece un aumento constante, fijo e indefinido, que, por el contrario, va contra la pretendida proporcionalidad equitativa..., haciendo ilusoria la prórroga y habilitando, con ello, una fórmula para burlar la irrenunciabilidad establecida en el artículo 11 de la repetida Ley de Arrendamientos Urbanos...”

“... que aunque alguna resolución de esta Sala haya admitido, en determinadas circunstancias, la validez de las cláusulas que preveían sólo la elevación de renta por aumento de valor en los módulos reguladores —Sentencias de 30 de octubre de 1964 y 11 de octubre de 1968—, por interpretar que su moderación no implicaba una imprórroga de los contratos, sin embargo, lo cierto es que estas cláusulas que no prevén también la disminución de valor de los módulos elegidos —improbable, pero no imposible—, son miradas con recelo, porque la mayoría de las veces logran, en realidad, unos aumentos tan elevados en las rentas, que hacen antieconómica la utilización de la prórroga legal forzosa, que se estableció, precisamente, en favor del arrendatario o inquilino, siendo ejemplo de ello las cláusulas que provocaron las sentencias de 30 de octubre de 1961, 3 de marzo de 1962, 1 de abril de 1965, 2 de febrero y 19 de diciembre de 1966, 9 de febrero de 1967 y 3 de octubre de 1968...”

Sentencia de 24 de junio de 1971, motivada por la cláusula de un contrato de arrendamiento de local de negocio celebrado el 15 de octubre de 1961, en la que se estipuló que una vez transcurridos cinco años desde la vigencia del contrato, la renta inicial sería revisada, a voluntad del propietario, aplicando el índice del coste de la vida aludido en el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos entonces vigente. El Tribunal Supremo, en esta sentencia, reputó nula la expresada cláusula, por las razones que se aducen en el siguiente considerando:

“... que si bien el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, que regula por su fecha el contrato de arrendamiento que liga a las partes..., como el señalado en el mismo ordinal de la vigente, facultan al Gobierno para alterar la renta pactada con el fin de atemperarla a los índices del coste de la vida y al importe medio de los ingresos, y que tal facultad se ha hecho extensiva a los particulares mediante las cláusulas de estabilización, sometiéndola al precio que en el mercado obtenga determinados productos básicos, no es menos cierto que en uno y otro caso tal facultad se da tanto en beneficio de los propietarios como de los arrendatarios, al tener que quedar sometidos a las fluctuaciones del mercado o a las alteraciones del coste de la vida fijadas por la Dirección General de Estadística; y como quiera que en el caso que se contempla... el ejercicio de la acción para llevarla a cabo queda limitado y condicionado a la voluntad única del arrendador, sin que el arrendatario tenga facultades para verificarlo en el caso de descenso de aquel índice de coste de la vida, convirtiendo la cláusula de estabilización en una facultad unilateral para aumentar la renta, que debe estimarse ilegal y que podría, incluso, llegar a vulnerar el principio básico de la prórroga obligatoria de los contratos, si la renta superaba las posibilidades económicas de los inquilinos.”

Sentencia de 20 de diciembre de 1972, que hubo de resolver sobre la validez de la cláusula de un contrato de arrendamiento de local de negocio concertado el 1 de mayo de 1959, en la que se fijó como “renta inicial y mínima” la cifra líquida de 3.500 pesetas mensuales, que fue pactada con independencia de las fluctuaciones que el signo monetario español pudiera experimentar, ya fuere por devaluación ordenada por el Gobierno español, ya fuere por cualquier otra causa, señalándose, a tal efecto, los siguientes módulos de comparación: a) el precio de coste del metro cuadrado y planta de construcción de edificios de primera calidad, que en la fecha del contrato era de 1.750 pesetas; b) el contravalor de la peseta oro en pesetas papel, conforme a la equivalencia que mensualmente señala la Administración española para el pago en pesetas papel de los derechos de importación de mercancías en España, que en el correspondiente Arancel están fijados en pesetas oro; y c) determinación de la renta de las viviendas llamadas de renta limitada, que la Administración española fija con arreglo a los índices de coste de la vida publicados por la Dirección General de Estadística. “Cuando cualquiera de estos módulos *sufra un alza* respecto de su límite actual superior a un diez por ciento, automáticamente la renta de este contrato sufrirá la misma alza, y así sucesivamente, *en caso de sucesivas y futuras alzadas en los límites actuales de los módulos*, así como en caso de

devaluación oficial de la peseta, se subirá automáticamente en su proporción.”

El Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de instancia, declaró válida la anterior cláusula, con base en la argumentación que transcribimos:

“... si bien es cierto que en la Ley especial arrendaticia vigente cuando surge la relación contractual discutida, es decir, el texto articulado de 13 de abril de 1956, no se contenía una autorización expresa de las cláusulas de esta clase, no lo es menos que su artículo 97 dejaba en libertad al arrendador y al arrendatario para fijar la renta de los locales de negocio que se arrendasen después de la entrada en vigor de la Ley, libertad que respetó después el artículo 5.º del Decreto de 6 de septiembre de 1961, sin el límite del artículo 96, amparando, por tanto, los pactos de actualización futura cuando se tratase de los referidos locales de negocio..., pero, sobre todo, que el apartado 1 del artículo 100 de la vigente Ley de 1964 faculta expresamente a las partes para convenir un sistema de actualización de rentas distinto del establecido legalmente, en armonía con la renuncia por el arrendatario de los beneficios legales, excepto el de prórroga de la relación contractual, del número 3.º del artículo 6.º..., sistema éste para cuya determinación los contratantes gozan, sin duda, de la libertad que preside la normativa de la contratación de nuestro Ordenamiento jurídico, que consagra el artículo 1.255 del Código civil, siempre que observen el triple límite que en el mismo se establece, que no puede decirse vulnerado por la cláusula que se discute...”

- d) *Cláusulas que establecen diversos sistemas para el aumento de renta, a elección del propietario, o con un mínimo de aumento periódico.*

Sentencia de 1 de abril de 1965, que se refiere a un contrato de arrendamiento de local de negocio, de fecha 1 de julio de 1956, en el que se convino que el arrendatario, durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, pagaría la renta de 60.000 pesetas anuales, la cual, a partir del sexto, sería incrementada en la misma proporción en que hubiese aumentado el coste de la vida, y así sucesivamente, cada cinco años, pero si el aumento que resultare en cada cálculo para fijar la del quinquenio fuere inferior al 10 por 100 de la renta correspondiente al anterior, ésta se incrementaría en todo caso en un 10 por 100. El Tribunal Supremo no reconoció validez a la anterior cláusula, argumentando:

“... que trata de asegurar en todo caso el aumento de la renta, estableciendo un aumento mínimo del 10 por 100, aunque el cálculo efectuado por los sistemas anteriores diera un resultado inferior, y como ello determina un aumento fijo con carácter progresivo, con independencia total de las circunstancias de tipo económico y contrario al principio de actualización de la renta a los índices de valoración del coste de la vida, agravado todo ello con el contenido del apartado c), al disponer que los incrementos, vencidos los diez primeros años, para los sucesivos, en la forma establecida en el apartado anterior, habría de hacerse sobre la renta incrementada y no sobre la inicial fijada en el contrato, resultando con ello una progresión contraria de todo punto a lo que constituyen las cláusulas estabilizadoras de escala móvil a base del coste de la vida, pues, al fin y al cabo, esas cláusulas... de índole variable hacen depender la determinación de la renta a pagar en moneda fiduciaria de los índices administrativos derivados de aquella circunstancia, cuyo alcance no es otro que el mantenimiento de una determinada equivalencia de las prestaciones en el momento de la ejecución del contrato, y como esta finalidad estabilizadora no ha sido respetada en la condición debatida, sino que lleva el designio de elevar la renta de una manera fija, constante e indefinida, llegando mediante tal procedimiento y por sucesión de tales aumentos a constituir una manera de burlar la irrenunciabilidad de la prórroga del contrato establecida en el artículo 11... La expresada cláusula debe ser reputada nula de pleno derecho, pues la libertad de fijación de renta que concede el artículo 97 ha de quedar sometida siempre a los demás preceptos arrendaticios en cuanto han de respetarse los postulados esenciales de prorrogabilidad de los contratos de arrendamiento.”

Sentencia de 3 de octubre de 1968, que fue motivada por un contrato de arrendamiento de local de negocio suscrito el 30 de junio de 1960, con unas cláusulas adicionales que lo fueron después, en una de las cuales se estableció que, una vez transcurrido el plazo de cinco años, el arrendatario podría prorrogar el contrato por quinquenios sucesivos, con elevación de la renta en un 25 por 100 cada nuevo quinquenio, aunque el arrendador, de interesarle, podría sustituir el aumento previsto por el que resultase teniendo en cuenta la alteración del coste de la vida, según los índices publicados en el Boletín del Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, o, en su defecto, por el módulo que se dedujese de otros índices oficiales. El Tribunal Supremo estimó que tal cláusula era nula, de acuerdo con el considerando siguiente:

“... que en la cláusula, si bien se señalan tres sistemas para el aumento de la renta; al reservarse en ella al propietario arrendador la facultad para elegir libremente el que de ellos más le convenga en cada caso concreto y en cada nuevo quinquenio, ello constituye una cláusula de opción indivisible, que no admite disgregación ni alternativas en el modo y forma regulados en los artículos 1.131 y siguientes del Código civil, por lo que envolviendo ella un todo armónico y único de la voluntad contractual, no puede llegarse a una discriminación de sus párrafos, sin romper esa unidad que la estipulación representa, y que está en todo momento sometida a la facultad de utilizar un sistema de aumento del 25 por 100 a voluntad del propietario, con un sólo designio, la elevación de la renta, alterando la pretendida proporcionalidad equitativa de las prestaciones, ya que la estipulación litigiosa trata de asegurar en todo caso el aumento mismo, pero no la disminución que pueda derivarse de los cálculos o de los índices de coste de la vida...”

IV. RESUMEN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A) *Cláusulas de escala móvil.*

De lo anteriormente expuesto resulta que la posición del Tribunal Supremo sobre el problema que nos ocupa ha variado al compás de los cambios de legislación operados, por lo que, para resumir su doctrina procede distinguir los siguientes supuestos, según la legislación vigente en la fecha de celebración del contrato, que ha sido, sucesivamente, la que a continuación indicamos:

a) *Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936.*

Estos Decretos no autorizaban el aumento de la renta más que por determinadas causas (artículo 6.º de ambos) y prohibían, además, los pactos que se opusieran a la aplicación de sus preceptos, bajo la sanción de nulidad (artículo 13 del más antiguo y 11 del de 1936), y basándose en ello, la sentencia de 13 de noviembre de 1952 estimó que bajo la vigencia de los mismos no eran válidas las cláusulas de escala móvil, y más concretamente, la de “valor pan” convenida en un contrato de arrendamiento de local de negocio de fecha 30 de noviembre de 1942. En análogas directrices se inspira la de 25 de enero de 1955, que se refiere a una cláusula que no es propiamente de actualización, sino de elevación de renta.

Es de hacer notar que los procesos a que pusieron término las dos sentencias anteriormente mencionadas se iniciaron después ya

de la promulgación del texto articulado de la Ley de 31 de diciembre de 1946, y aunque en ambos se alegó que, conforme al artículo 11 de ésta, eran renunciables los beneficios concedidos a los arrendatarios y subarrendatarios de locales de negocio, salvo el de prórroga, lo que, en definitiva, suponía autorizar las cláusulas estabilizadoras, y que, por otra parte, a dicho precepto debía reconocérsele eficacia retroactiva, por aplicación de la disposición transitoria 1.^a de la nueva Ley, el Tribunal Supremo no lo entendió así, fundándose en que tal retroactividad no podía llegar a dar validez a estipulaciones que nunca la habían tenido, y que, además, se precisaría en todo caso un acto de renuncia verificado por el arrendatario con posterioridad a la vigencia de aquella Ley, que no se había producido.

b) *Ley de 31 de diciembre de 1946.*

Esta Ley, cuyo texto articulado fue promulgado por Orden de 21 de marzo de 1947 y entró en vigor el 3 de abril inmediato siguiente, no concedía libertad a las partes para fijar la cuantía de la merced arrendaticia, la cual no podía exceder de un determinado tope (artículos 118 a 122), y aunque respecto de las viviendas y locales de negocio construidos u ocupados por primera vez después del 1 de enero de 1942, se podía estipular libremente la renta con su primer ocupante, la que se pactase pasaba a ser la "renta legal" y después ya no podía ser aumentada bajo ningún pretexto (artículo 122), y, por otra parte, en toda clase de contratos, tanto de viviendas como de locales de negocio, y cualquiera que fuese la fecha en que hubiesen sido construidos o habitados por primera vez, se reputaba ilícita cualquier elevación de renta que realizase el arrendador, fuera de los casos en que la propia Ley lo autorizaba en su Capítulo IX (artículo 128).

Por consiguiente, tratándose de viviendas, parece evidente que las cláusulas de escala móvil no eran admisibles, ya que, respecto a las construidas u ocupadas por primera vez con anterioridad al 1 de enero de 1942, regía el principio de la renta tasada e inalterable, y en cuanto a las restantes, si bien la renta con su primer ocupante podía fijarse con plena libertad, quedaba luego bloqueada y sin posibilidad de pacto en contrario, ya que el artículo 11 de la propia Ley declaraba irrenunciables los beneficios otorgados por ella a los inquilinos de viviendas, reputando nula y sin valor ni efecto alguno, cualquier estipulación que los contradijese. No obstante, relativamente a estas viviendas construidas u ocupadas por primera vez después del 1 de enero de 1942, se sostuvo por algunos autores que, al amparo de la libertad concedida por el artículo 122 para fijar el "quantum" de la renta, se podía convenir una cláusula de actualización, cuyo juego, al compás de las oscilaciones sufridas por el índice elegido, no implicaba realmente alteración de ninguna de las cláusulas del contrato, ni siquiera de la relativa a la renta, antes al contrario, ya que en ella se había pactado que la cuantía de ésta no sería fija, sino que variaría

en la misma proporción que el módulo regulador. Tal argumentación fue aceptada, sustancialmente, por la sentencia de 18 de febrero de 1957, y rechazada, en cambio, por la de 23 de febrero de 1963, que se refieren a cláusulas que son propiamente de elevación de renta, por lo que no las resumimos aquí, aunque los argumentos en que se apoyan son también aplicables a las cláusulas de escala móvil.

Por lo que concierne a los locales de negocio, según algunos comentaristas, las cláusulas de este tipo se podían convenir válidamente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley a que nos referimos, que autorizaba la renuncia de los beneficios concedidos a los arrendatarios y subarrendatarios de locales de negocio, con la única excepción del derecho de prórroga del contrato de arrendamiento; mientras que otros rechazaban tal posibilidad, porque, según ellos, contradecía el principio de inalterabilidad de la renta que consagraban los artículos 118, 121, 122 y, sobre todo, el 128, que de modo expreso reputaba ilícita cualquier elevación de renta que realizase el arrendador fuera de los casos previstos en el propio Capítulo IX de la Ley, del que formaban parte los expresados preceptos.

El Tribunal Supremo no llegó a pronunciarse sobre este problema hallándose aún vigente la Ley de 1946, pero sí lo hizo después ya de entrar en vigor la de 1955, con relación a un arrendamiento de fecha 30 de noviembre de 1948, en que se pactó como renta el valor de 203 horas de trabajo de un peón especializado del ramo de la construcción. En su sentencia, que fue dictada el 3 de marzo de 1962, declaró nula dicha cláusula, basándose en que contravenía el principio de la renta legal inalterable, y más concretamente, los artículos de la nueva Ley referentes a los arrendamientos de viviendas y locales de negocio subsistentes el día del comienzo de su vigencia, o sea, el 95, que fijaba como "renta legal" de los mismos la que cobrase el arrendador en aquella fecha, con todos los incrementos que viniese percibiendo, salvo los motivados por razón de diferencias en el coste de los servicios o suministros; el 98, que preceptuaba de forma terminante que la expresada renta no podría ser objeto de elevación por el arrendador mientras continuase vigente el contrato, sino en los casos y condiciones que indicaba; y el 100, que establecía un sistema de revisión de las rentas de los arrendamientos que se hallasen en período de prórroga, cada cinco años, atendiendo a los índices ponderados de vida, cuyo plazo, para los comprendidos en el artículo 95, debía contarse desde la entrada en vigor de la propia Ley.

Debe destacarse que la anterior sentencia está en contradicción con la de 31 de enero de 1962, que no hemos relacionado oportunamente porque no se refiere a una cláusula de escala móvil, ni de elevación, sino de revisión periódica de la renta de un arrendamiento de local de negocio otorgado el 1 de mayo de 1946, o sea, cuando aún regían los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, y en virtud de la cual se pactó que la renta durante los

tres primeros años sería la de doce mil pesetas anuales, y que una vez transcurrido aquel plazo, las partes procurarían ponerse de acuerdo sobre el precio, y de no conseguirlo, aceptarían el promedio de los que fijasen los Presidentes de los Colegios Oficiales de la Propiedad Urbana, Farmacéuticos y Arquitectos, y así sucesivamente, en la misma forma, cada cinco años. Impugnada la validez de dicha cláusula por el arrendatario, con fundamento en que infringía los artículos 13 y 11, respectivamente, de los citados Decretos de 1931 y 1936, el Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de instancia, la estimó válida, basándose en que la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 1955, que era la que se hallaba vigente cuando fue presentada la demanda, declaraba aplicables sus normas, sin otras excepciones que las que resultasen de sus propios preceptos, a todos los contratos en vigor al tiempo de su promulgación, como lo estaba el discutido, y que la cláusula de éste sobre la forma de revisar periódicamente la renta, implicaba la renuncia por el arrendatario del derecho a él concedido en el artículo 95 de aquella Ley, renuncia que, por otra parte, estaba autorizada para los arrendamientos de local de negocio en el artículo 6.º de la misma.

c) *Ley de 22 de diciembre de 1955.*

En el texto articulado de esta Ley, que fue aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956 y tuvo vigencia desde el 11 de mayo del mismo año, se dispuso que "*la renta legal*" de las viviendas que se arrendasen después de esta última fecha sería la estipulada para el momento en que *empezase a regir el contrato*, con la única salvedad de que si ya hubiesen estado ocupadas antes, el inquilino, dentro de los tres meses siguientes al día de la celebración del contrato, podía instar ante la Junta de Estimación la revisión de la renta convenida, si ésta fuese abusiva (artículo 96); y que, tratándose de locales de negocio, la "*renta*" sería la que *libremente* pactasen el arrendador y el arrendatario, aun cuando dichos locales hubiesen estado arrendados con anterioridad (artículo 97). Por otra parte, aunque estableció como norma general la de irrenunciabilidad de los beneficios concedidos a los inquilinos de viviendas, declaró renunciables, salvo el de prórroga, los otorgados a los de viviendas que mereciesen la calificación de suntuarias, teniendo en cuenta la cuantía de la renta, en relación con la fecha en que fueron ocupadas por primera vez y con la importancia demográfica de la respectiva población, así como los conferidos a los arrendatarios de locales de negocio, con igual salvedad del relativo a la prórroga del arrendamiento (artículo 6.º).

Dado el contenido de los anteriores preceptos, se entendió que eran nulas las cláusulas de escala móvil en los arrendamientos de viviendas no suntuarias, porque el artículo 96 fijaba como "*renta legal*" la convenida para el momento de comienzo de la vigencia del contrato, con lo que quedaba congelada a partir de ese instante, sin

que nada se pudiese pactar en contrario, por prohibirlo el artículo 6.º; y que, en cambio, debía reconocérsele validez en los arrendamientos de viviendas suntuarias y en los de locales de negocio, de acuerdo con el principio de libertad contractual consagrado por el propio artículo 6.º, en su apartado 2.º, para dichas viviendas, y en el 3.º, en relación con el 97, para los locales de negocio. Tal fue, sin duda, la intención del legislador, como lo evidencia el Decreto de 6 de septiembre de 1961, que si bien autorizó el aumento de las rentas de las viviendas y locales de negocio que el 31 de julio de dicho año llevasen cinco o más años de prórroga legal, en su artículo 5.º, puntualizó que no habría lugar a la aplicación de los aumentos "cuando en virtud de estipulaciones establecidas válidamente, conforme a los supuestos previstos en los párrafos 2.º y 3.º del artículo 6.º y en el artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se haya pactado de modo expreso y distinto al de dicha Ley el sistema o cuantía de las elevaciones...".

El Tribunal Supremo no tuvo ocasión de pronunciarse sobre el problema de la validez de estas cláusulas en los arrendamientos de viviendas no suntuarias concertados durante la vigencia de la Ley de 1955, pero sí, en cambio, y en el sentido de considerarlas plenamente eficaces, en los arrendamientos de locales de negocio (Sentencias de 30 de octubre de 1964, 19 de diciembre de 1966, 4 de febrero de 1967, 24 de junio de 1971, 15 de febrero, 7 de julio y 20 de diciembre de 1972 y 25 de enero de 1973), de viviendas suntuarias (Sentencia de 11 de octubre de 1968), y de locales destinados a clínica médica (Sentencia de 8 de febrero de 1967), para lo cual tuvo en cuenta, principalmente, lo preceptuado en los citados artículos 6.º y 97 de la Ley, así como en el Decreto de 6 de septiembre de 1961.

d) *Ley de 11 de junio de 1964.*

La Ley a que se refiere el precedente epígrafe modificó numerosos artículos del texto anterior, y las modificaciones introducidas, que entraron en vigor el 1 de julio siguiente, fueron refundidas en el texto actual, que, publicado por Decreto de 24 de diciembre del mismo año, empezó a regir el 1 de enero de 1965.

En cuanto a la renta, es de destacar: 1.º) que no sólo confirmó el principio de libertad de estipulación, sin trabas de ningún género, para los locales de negocio que se arrendasen después de su entrada en vigor, sino que, además, lo hizo extensivo a las viviendas, aun cuando hubiesen sido ocupadas con anterioridad a aquella fecha (artículo 97); 2.º) que autorizó expresamente los acuerdos de las partes sobre aumento o reducción de la renta inicialmente pactada (artículo 98); y 3.º) que, por lo que respecta a su revalorización a partir de la fecha prevista para el comienzo de su vigencia, o sea, el 1 de julio de 1964, clasificó todos los arrendamientos en dos grandes grupos, formado el primero por los de viviendas suntuarias y locales

de negocio, y el otro, por los de las restantes viviendas, y dispuso que en los del primer grupo, la renta y las cantidades asimiladas a ella, una vez que el contrato se encontrase en período de prórroga legal, se adaptaría cada dos años a las variaciones del coste de la vida, mediante Decreto que aplicaría el índice ponderado que fijase la Dirección General de Estadística (hoy Instituto Nacional de Estadística), salvo que las partes hubiesen convenido o convengan otro sistema de actualización; y en los del segundo, que la renta y todos sus incrementos legales quedarían sujetos al mismo régimen, pero en virtud, no de la aplicación rigurosa de los índices oficiales del coste de la vida, sino mediante la ponderada aplicación de estos índices y los de sueldos y jornales, oída la Organización Sindical (artículo 100, en relación con el apartado III, número 3, del preámbulo de la propia Ley de 11 de junio de 1964).

Teniendo en cuenta el contenido de los anteriores preceptos, la Jurisprudencia, relativamente a los contratos celebrados después de que empezaron a regir, ha declarado, o al menos dado por supuesta, la validez de las cláusulas de escala móvil, tanto para las viviendas (Sentencias de 15 de febrero de 1972 y 25 de enero de 1973), como para los locales de negocio (Sentencias de 21 de diciembre de 1970, 18 de febrero de 1971, 7 de julio y 20 de diciembre de 1972, y 25 de enero de 1973).

B) *Cláusulas de elevación de renta.*

Para resumir la Jurisprudencia referente a estas cláusulas, hay también que tener en cuenta la legislación que regía cuando fueron pactadas, o sea:

a) *Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936.*

La única sentencia que conocemos es la de 25 de enero de 1955, que, fundándose, principalmente, en el tenor de los artículos 6.º y 11 del Decreto de 21 de enero de 1936, declaró la nulidad de una cláusula "valor pan", en un arrendamiento de local de negocio concertado en el año de 1942, la cual no puede ser calificada como de escala móvil, porque para el supuesto de que disminuyese el precio del pan, excluía expresamente la posibilidad de que repercutiese en el del arrendamiento, disminuyéndolo en la misma proporción.

b) *Ley de 31 de diciembre de 1946.*

Dos son las sentencias que llegaron a decidir sobre la validez de cláusulas de elevación estipuladas bajo la vigencia de esta Ley. La más antigua de ellas, de fecha 18 de febrero de 1957, con refe-

rencia a un arrendamiento de local de negocio convenido en marzo de 1951, estimó que era válida la cláusula en cuya virtud la renta, a partir del tercer año de vigencia del contrato, se incrementaría en un 25 por 100 cada nuevo quinquenio, para lo cual se basó en que el artículo 122 de aquella Ley, para las viviendas y locales de negocio construidos u ocupados por primera vez después del 1 de enero de 1942, permitía pactar libremente la renta con su primer ocupante, y aunque prohibía de modo expreso su aumento posterior, nada impedía que inicialmente se pudiese pactar un precio distinto para cada período determinado de tiempo que durase el contrato. Por el contrario, la otra sentencia, que fue dictada el 23 de febrero de 1963, negó validez a la cláusula de un arrendamiento de local de negocio concertado en el año 1953, que establecía un aumento indefinido y progresivo de la renta en un 10 por 100 anual, argumentando, en contraste con la anterior, que, según los artículos 118 y siguientes de la Ley a que nos referimos, la determinación de la renta había de ser referida al momento inicial del contrato, sin que con posterioridad fuese posible elevarla, por prohibirlo expresamente el artículo 128 de la misma Ley, salvo en los casos en que ésta lo autorizaba en su Capítulo IX.

c) *Ley de 22 de diciembre de 1955.*

Relativamente a los contratos concertados hallándose en vigor el texto articulado de la Ley de 1955, el criterio seguido por el Tribunal Supremo ha sido el siguiente:

Las sentencias de 2 de febrero de 1966 y 9 de febrero de 1967 consideraron nulas las cláusulas de elevación de la renta de un modo fijo, periódico e indefinido. En igual sentido se pronunció la de 1 de abril de 1965 con referencia a una cláusula en que se estableció que la renta se iría incrementando sucesivamente, cada cinco años, en la misma proporción en que aumentase el coste de la vida, pero con un aumento mínimo quinquenal del 10 por 100; y también, la de 3 de octubre de 1968, al resolver sobre la eficacia de una cláusula en que se autorizó al arrendatario para prorrogar el contrato por quinquenios sucesivos, una vez que transcurriese el plazo contractual, con elevación de la renta en un 25 por 100 cada nuevo quinquenio, si bien este aumento podría ser sustituido, si al arrendador le interesaba, por el que resultare teniendo en cuenta las alteraciones del coste de la vida, según determinados índices. En todas estas sentencias se alegó como único argumento que las cláusulas de que se trata no se compaginaban con el derecho concedido por la Ley a los arrendatarios, con carácter de irrenunciable, de prorrogar el contrato, ya que al ir aumentando la renta indefinidamente, llegaría un momento en que se rompería la equivalencia de las prestaciones de las partes, en perjuicio del arrendatario, quien, de querer hacer uso de la prórroga, tendría que abonar una renta desproporcionada con la utilidad que le proporcionaba el uso de la

cosa, de suerte que, en definitiva, estas cláusulas contradecían lo dispuesto en los artículos 9 y 57 de la Ley, que establecían el beneficio de la prórroga y su irrenunciabilidad.

En la misma línea que las anteriores y con base, sustancialmente, en igual argumentación, las sentencias de 21 de diciembre de 1970 y 24 de junio de 1971, no reconocieron validez a cláusulas de elevación de la renta, no de un modo fijo e indefinido, sino condicionado y en proporción al que pudieran experimentar determina dos índices; y, en cambio, las de 30 de octubre de 1964, 11 de octubre de 1968 y 20 de diciembre de 1972, declararon la admisibilidad de este tipo de cláusulas en los arrendamientos de viviendas suntuarias —la primera de ellas— y de locales de negocio —las otras dos—, al amparo de la libertad concedida a las partes para la estipulación de la renta en tales arrendamientos, por los artículos 6.º, apartados 2.º y 3.º, y 97 del texto articulado de la Ley de referencia. Debe aclararse, por lo que respecta a este tipo de cláusulas, que las sentencias de 7 de julio de 1972 y 25 de enero de 1973, al proclamar la validez de cláusulas que son propiamente de escala móvil, parecen dar por supuesto que para ello es requisito inexcusable el de que puedan originar la disminución de la renta, en el caso de que baje el coste de la vida o el índice fijado como módulo regulador.

d) *Ley de 11 de junio de 1964.*

Sobre las cláusulas de elevación pactadas después de empezar a regir el texto actualmente en vigor, hasta la fecha no se ha pronunciado más sentencia que la de 18 de febrero de 1971, la cual lo hizo en el sentido de reconocer eficacia a la incluida en un arrendamiento de local de negocio pactado en el mes de febrero de 1967, en cuya virtud la renta inicial de 2.000 pesetas, el segundo año pasaría a ser de 3.000, y en los sucesivos iría aumentando a razón de 500 pesetas cada nuevo año, hasta alcanzar las 8.000 mensuales; para lo cual se basó en que el artículo 97 de la Ley concedía libertad a las partes para fijar la cuantía de la merced arrendaticia, sin más limitaciones que la de respetar el postulado esencial de la prorrogabilidad de los contratos, que no resultaba contradicho por tal cláusula, ya que ésta fijaba un tope máximo para el aumento, que ni por su cuantía, ni por el dilatado período que habría de transcurrir para llegar a él, podía estimarse que condujese necesariamente al resultado de hacer ilusoria la prórroga, imposibilitando al arrendatario la continuación en el disfrute del local.

V. CONCLUSIONES CRITICAS REFERIDAS A LA LEGISLACION VIGENTE

De la doctrina anteriormente resumida, a nuestro juicio, pueden deducirse las siguientes conclusiones:

A) *Cláusulas de escala móvil.*

En los arrendamientos de viviendas suntuarias y de locales de negocio, la admisibilidad de las cláusulas de escala móvil ha sido proclamada por la Jurisprudencia, reiteradamente y sin contradicción, ya a partir de la entrada en vigor de la Ley de 1955, y, desde luego, resulta incuestionable en la actualidad, dado lo que preceptúan los artículos 6.º, apartados 2.º y 3.º, y 97 de la Ley vigente, que permiten estipular la cuantía de la renta con plena libertad, y, a mayor abundamiento, la propia Ley, en su artículo 100, número 1.º, al igual que antes lo había hecho el Decreto de 6 de septiembre de 1961, reconoce expresamente que las partes pueden convenir otro sistema de actualización distinto del legal, lo que corrobora el reciente Decreto de 15 de junio de 1972, al decir en su artículo 6.º que los aumentos de renta que autoriza son incompatibles con los que resultaren de los pactos de las partes estableciendo un sistema distinto de actualización de rentas.

En cuanto a las viviendas no suntuarias, aunque todavía no ha llegado ningún caso al Tribunal Supremo, sin embargo, éste, en su sentencia de 25 de enero de 1973, parece dar por supuesto que pueden pactarse este tipo de cláusulas en los arrendamientos de toda clase de viviendas, pues argumenta que en virtud de la libertad contractual concedida a las partes para fijar la cuantía de la renta, que la Ley de 1955 circunscribió a los locales de negocio, pero que la vigente, en su artículo 97, hizo extensiva a las viviendas arrendadas con posterioridad a su entrada en vigor, es indudable la licitud de establecer medios correctores de las posibles variaciones que de hecho puede experimentar el valor del dinero respecto a su poder adquisitivo. En tal sentido se han pronunciado, también, destacados comentaristas y así lo aceptamos nosotros, teniendo en cuenta no sólo el citado artículo 97, que declara libre la estipulación de la renta en el momento del otorgamiento del contrato, tanto para las viviendas como para los locales de negocio, sin hacer distinción alguna, sino, además, el 98, que autoriza expresamente y con carácter general los acuerdos sobre aumento y reducción de la renta, y el 100, apartado 4.º, que, con las modificaciones que establece, declara aplicable a la renta de las viviendas no suntuarias el mismo régimen del apartado 1.º, y, por consiguiente, hay que entender que en los arrendamientos a ellas referentes las partes pueden igualmente convenir otro sistema de actualización distinto del que prevé el precepto, que, por ello, tiene únicamente carácter subsidiario.

B) *Cláusulas de elevación de renta.*

La Jurisprudencia referente a estas cláusulas es confusa y contradictoria, ya que, como queda expuesto, en ocasiones, ha reconocido la validez de cláusulas de aumento de la renta de un modo fijo, periódico e indefinido (Sentencia de 18 de febrero de 1957), o hasta un límite máximo (Sentencia de 18 de febrero de 1971), o de aumento condicionado y proporcional al que pudiera experimentar determinado índice (Sentencias de 30 de octubre de 1964, 11 de octubre de 1968 y 20 de diciembre de 1972), mientras que en otras ha rechazado, tanto las cláusulas del primer tipo (Sentencias de 23 de febrero de 1963, 1 de abril de 1965, 2 de febrero de 1966, 9 de febrero de 1967 y 3 de octubre de 1968), como las del tercero (Sentencias de 21 de diciembre de 1970 y 24 de junio de 1971), sin que las discrepancias puedan explicarse por razón de los cambios legislativos operados, ya que varias de las sentencias contradictorias se refieren a cláusulas de igual tipo pactadas bajo la vigencia de la misma Ley.

Urge, pues, la clarificación en esta materia, mediante la adopción de un criterio uniforme para todos los casos y que, a nuestro juicio, no puede ser otro que aquel en que se inspira la sentencia de 18 de febrero de 1971, de la que se deduce que al amparo del principio de autonomía de la voluntad de las partes para la fijación de merced arrendaticia, que expresamente reconoce el artículo 97 de la Ley vigente, por lo general, son admisibles los pactos sobre elevación futura de la renta, los cuales no pueden ser considerados ilícitos, ni contrarios a la moral o a las buenas costumbres, siempre que el aumento se mantenga dentro de unos límites razonables y no persiga otra finalidad que la de mantener la equivalencia de las respectivas prestaciones, evitando la desvalorización del crédito del acreedor, ante el hecho notorio de la depreciación monetaria; y si, por el contrario, en el supuesto de que den lugar a un aumento excesivo, que haga insoportable la renta para el arrendatario y, en definitiva, ilusoria la prórroga, ya que, como es lógico, la libertad de fijación de la renta ha de quedar sometida a los demás preceptos arrendaticios, y entre ellos, al artículo 57, que, en relación con el 6.º, concede al arrendatario el beneficio de la prórroga del contrato, con el carácter de irrenunciable.

Por otra parte, para determinar cuándo una cláusula de elevación rompe la proporcionalidad de las recíprocas prestaciones en perjuicio del arrendatario, no pueden establecerse normas de carácter general, como la de estimar que se da tal circunstancia en todas aquellas en que se establece un aumento fijo, periódico e indefinido del precio del arrendamiento, sino que debe dejarse en libertad a los Tribunales para que en cada caso concreto decidan lo que resulte procedente, pues, por ejemplo, parece absurdo admitir una cláusula que supone la elevación de la renta en un 400 por 100 en un período de tiempo de once años, como hizo la sentencia citada de 18 de febrero de 1971, fundándose en que el aumento no podía exceder

de un tope predeterminado, que ni por su cuantía, ni por el dilatado período de tiempo que habría de transcurrir para llegar a él, podía estimarse que condujese necesariamente a hacer ilusoria la prórroga, y rechazar, en cambio, las de aumento en un 5 por 100 cada dos años, o en un 10 por 100 cada nuevo quinquenio, como así lo estimaron, respectivamente, las de 2 de febrero de 1966 y 1 de abril de 1965, con base en la única consideración de que por tratarse de aumentos de carácter indefinido, podían afectar a la prórroga. Por ello, para pronunciarse sobre el particular, lógicamente, deben examinarse en cada caso las circunstancias concurrentes y, en especial, el aumento experimentado por el coste de la vida, con la consiguiente depreciación monetaria, desde que empezó a regir el contrato, pues tal dato nos permitirá conocer si el aumento que la aplicación de la cláusula supone resulta excesivo y rompe, efectivamente, la equivalencia de las prestaciones, teniendo en cuenta el valor comercial o en curso de la moneda, que, como sabemos, viene determinado por su poder adquisitivo.

Mención especial merecen las cláusulas de elevación de la renta sólo para el supuesto de que aumente un determinado índice y en proporción al que éste sufra, que admitidas por el Tribunal Supremo en algunos casos, han sido rechazadas en otros, siendo así que su validez en el Derecho vigente parece clara, al poderse estipular libremente la cuantía de la renta, así como su aumento o reducción (artículos 97 y 98), y habida cuenta, además, de que tales cláusulas, en la práctica, vienen a producir los mismos efectos que las de escala móvil, aunque no establezcan la reducción de la renta para el supuesto de que descienda el índice elegido, que teóricamente es posible, pero muy poco probable, ya que la experiencia nos demuestra que el incremento del coste de la vida y la subsiguiente desvalorización de la moneda, viene siendo constante desde hace muchos años, por lo que, en buena lógica, la única variación previsible de la renta es la que suponga su aumento, si lo que realmente se pretende es actualizarla al compás de las alteraciones que va sufriendo el poder adquisitivo del dinero. Precisamente, las cláusulas estabilizadoras nacieron, y así lo tiene reconocido la propia Jurisprudencia, como hemos visto en un principio, con la finalidad de corregir los graves desequilibrios económicos originados en perjuicio del arrendador por la depreciación monetaria, en relación con la congelación de las rentas y la prórroga obligatoria, sin tener realmente en cuenta la posibilidad de descenso del coste de la vida, por no ser previsible, y, además, porque aun en el supuesto, muy problemático, de que llegara a producirse, rompiendo el equilibrio de las prestaciones en perjuicio del arrendatario, al ser para éste potestativa la prórroga, podría renunciar a ella, desalojando el local, si el arrendador no accediese a reducir la renta, en la seguridad de que no le sería difícil conseguir otro por un precio más módico.

Después de concluida la redacción del anterior trabajo, han sido publicadas dos nuevas sentencias sobre el problema de que se trata, las cuales son de fecha 23 de abril y 16 de junio de 1973.

La primera de ellas se refiere a un arrendamiento de local de negocio concertado el 1 de febrero de 1966 y, por lo tanto, después ya de la entrada en vigor de la Ley actual, en el que se estableció un sistema de revalorización de la renta para todo el tiempo de duración del contrato, partiendo de un alquiler inicial de 3.000 pesetas mensuales durante el primer año, que se incrementaría hasta 3.500 durante el segundo, hasta 4.000 durante el tercero, hasta 4.160 durante los años cuarto y quinto, y hasta 6.667 pesetas el sexto y último año que habría de durar el arriendo. Tal cláusula fue impugnada por el arrendatario, y aunque su pretensión tuvo éxito en primera y segunda instancia, el Tribunal Supremo entendió que era válida, apoyándose en las siguientes consideraciones:

“... que la única cuestión a resolver... es la de si la estipulación tercera del contrato mencionado es nula, en cuanto establece un sistema de actualización de renta automático e independiente de cualquier fluctuación económica, criterio de la parte recurrida, aceptado por el Tribunal de instancia, que confirmó el pronunciamiento del Juzgado declarando nula dicha estipulación, por establecerse unos aumentos periódicos y fijos de la inicial renta contractual, o si, por el contrario, es válida, de conformidad con lo que se dispone en el artículo 97 de la L. A. U., y con la doctrina de esta Sala establecida en las sentencias de 18 de febrero de 1971 y 15 de febrero de 1972, relativas a la validez de los incrementos de la renta pactada, como sostiene la parte recurrente...”

“... que es evidente que los preceptos relativos a la renta, de derecho necesario con anterioridad a la L. A. U. de 31 de diciembre de 1946, quedaron convertidos posteriormente en normas de derecho dispositivo y sometida la regulación de la materia a la voluntad de las partes, libertad contractual más amplia en los arrendamientos de locales de negocio posteriores a la L. A. U. de 22 de diciembre de 1955, que se hizo extensiva, por la modificación de que fue objeto el artículo 97 por la L. A. U. vigente, a las viviendas arrendadas posteriormente a la entrada en vigor de ésta; y es también indudable, por lo que se refiere a los incrementos de la renta pactada, que lo que queda sustraído a la autonomía de la voluntad contractual establecida en el artículo 1.255 del Código civil, son los pactos que implican aumento fijo, constante e indefinido de la renta, porque alterarían la proporcionalidad equitativa, harían ilusoria la prórroga contractual y facilitarían la renuncia a ella, no obstante la prohibición establecida

en el artículo 6.º de la L. A. U. —Sentencias de 23 de febrero de 1963, 21 de diciembre de 1970 y 25 de enero del año actual—, pero cuando, como en el caso de autos..., los aumentos de renta no son *fijos, constantes, ni indefinidos, porque está limitado el aumento, no ofrece duda que el incremento pactado no está en pugna con la libertad de estipulación establecida en el artículo 97 de la L. A. U., ni con la doctrina de esta Sala al interpretarlo...*”

De la otra sentencia, o sea, la de 16 de junio de 1973, reproducimos los dos siguientes considerandos:

“... que el único motivo del recurso... plantea... el problema de la validez de la cláusula quinta del contrato de arrendamiento celebrado entre el recurrente, arrendatario del local de negocio, y el propietario del inmueble, el día 1 de junio de 1967, que dice literalmente: la renta se *incrementará* cada dos años en la cuantía en que suba el índice general del coste de vida, referido a Madrid, según datos del Instituto Nacional de Estadística...”

“... que si bien es cierto que el artículo 97 de la Ley locataria proclama... la libre estipulación de la renta, y el 98 de la misma Ley, incluso, permite que pueda ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes, y en el 6.º posibilita la renuncia de ciertos derechos, salvo el de prórroga, e, incluso, el artículo 100... autoriza un sistema convencional de estabilizaciones de renta distinta del legal prevenido en la Ley, la jurisprudencia de esta Sala, fundamentalmente en las sentencias de 23 de febrero de 1963, 21 de diciembre de 1970 y 24 de junio de 1971, sienta el criterio 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 no lo será, en cambio, cuando únicamente implique una posible y constante elevación, sin posibilitar a la vez la disminución de ella para el supuesto contrario de que baje el coste de la vida o los índices que se fijen como módulos reguladores; a la luz de cuya doctrina hay que desestimar el motivo, pues manifiestamente, según queda transcrito, se establece un beneficio exclusivo del arrendador, se habla en ella de incrementar, no de desgravar, lo que si llegara el caso, por poco previsible que hoy parezca, no podría hacerse.”

Coloquios sobre la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas y la industria farmacéutica española

(Organizados por el Seminario de Derecho Mercantil
de la Facultad de Derecho de Salamanca).

IGNACIO QUINTANA CARLO
Profesor Adjunto de Derecho Mercantil

En la Universidad de Salamanca tuvieron lugar los días 25, 26 y 27 de mayo de 1972 unos coloquios sobre "La patentabilidad de las invenciones farmacéuticas y la industria farmacéutica española", organizados por el Seminario de Derecho Mercantil que dirige el Profesor doctor don Alberto Bercovitz.

La importancia del tema fue puesta de manifiesto en las palabras que el Profesor Bercovitz pronunció en el acto de inauguración de los coloquios. Después de hacer un rápido recorrido por la problemática jurídica del tema, que ilustró por sí solo la dificultad del mismo, concluyó señalando que el problema de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas no podía tratarse "desde un punto de vista asépticamente jurídico, puesto que no cabe ignorar la importancia que los aspectos científico-técnico y económico tienen para la solución del problema".

Fue precisamente esta complejidad del tema la que, unida a la importancia práctica del mismo, llevó al Seminario de Derecho Mercantil de Salamanca a la celebración de estos coloquios. "Se pensó —añadió el Profesor Bercovitz— que la Universidad podía hacer una aportación, intentando dar profundidad a la polémica suscitada, presentando las diversas facetas del problema y ofreciendo, en definitiva, una visión del mismo totalmente desvinculada de los intereses involucrados en la cuestión."

Y esta aportación de la Universidad a la polémica de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas es preciso encuadrarla dentro de una nueva faceta de la Universidad "que podría centrarse en el análisis de problemas actuales concretos con la colaboración de los más significativos grupos o sectores de la sociedad", como señaló la Profesora Begué Cantón, Decano de la Facultad de Derecho, en el acto de apertura de los coloquios.

Respondiendo a esta idea, en los coloquios se incluyeron ponencias dedicadas a aspectos no jurídicos del tema (científico-técnicos, económicos, etc.), pero que resultaban presupuesto indispensable para un análisis en profundidad del mismo.

Con estos coloquios, por último, no se pretendió llegar a ninguna clase de conclusión para su sometimiento a los órganos prelegislativos. Su única finalidad estriba en exponer el tema en toda su complejidad, precisar conceptos, intercambiar puntos de vista, poner de manifiesto posturas e intereses legítimos. Aún cuando —como terminó sus palabras el Profesor Bercovitz— “no cabe ignorar que sin la labor enunciada es imposible que el legislador pueda cumplir su misión con un conocimiento suficiente de las opciones que se le presentan”.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

JOSÉ BANÚS: *Problemática jurídica de la protección de las invenciones farmacéuticas en el Derecho vigente*

Comenzó su exposición señalando la conveniencia de efectuar un detenido análisis de la regulación en nuestro Derecho vigente de la protección de las invenciones farmacéuticas y, tras reconocer los imperativos de tiempo que su ponencia le marcaba, centró su estudio en los siguientes cuatro puntos:

1. La patentabilidad de las invenciones químicas, en general, y de las farmacéuticas, en particular.
2. La unidad de objeto de las patentes que se refieren a invenciones químicas en general y, de un modo particular, a las farmacéuticas, y consecuencias de la falta de dicha unidad en relación con la validez de las correspondientes inscripciones.
3. El alcance del derecho que deriva de las inscripciones de las patentes que recaen sobre procedimientos químicos en general y, de un modo particular, sobre un procedimiento para la obtención de un producto farmacéutico, y
4. El ejercicio de los derechos dimanantes de los registros de patentes que recaen sobre procedimientos químicos en general y, de un modo particular, sobre procedimientos para la obtención de productos farmacéuticos. Examen especial de la carga de la prueba.

I. Inició el estudio de esta primera parte de su ponencia el señor Banús examinando el artículo 46 del Estatuto de la Propiedad Industrial (de aquí en adelante: E. P. I.) del cual resulta, sin lugar a duda, que son registrables como patente “los procedimientos o sucesión de operaciones mecánicas o químicas que total o parcialmente no sean conocidas en su naturaleza o en su aplicación en España ni en el extranjero, siempre que vayan encaminadas a obtener un resultado o producto industrial”. Precepto que se corrobora con la aclaración al artículo 48 del E. P. I. dada por el Decreto

de 20 de septiembre de 1962, al declarar que “dentro de la redacción dada al apartado segundo del artículo 48 del vigente Estatuto de la Propiedad Industrial, por el Decreto de 26 de diciembre de 1947, debe entenderse comprendida la patentabilidad de las invenciones sobre procedimientos para la obtención de productos farmacéuticos, medicamentosos y de alimentos para la especie humana o animales...”.

Pasó a continuación a examinar el problema de los denominados “procedimientos de analogía”. Después de definirlos como “los integridados por sucesiones operatorias iguales a las de procedimientos ya existentes, que se aplican a sustancias que coinciden en la función o funciones químicas que quedan afectadas por el procedimiento con las sustancias utilizadas en los procedimientos ya existentes y que conducen a resultados previsibles para un experto, permitiendo la obtención de sustancias nuevas, lo que supone, a su vez, la reacción, entre sí, por vez primera, de los productos que han de ser utilizados como materias primas para la obtención de dichas sustancias nuevas”. El señor Banús señaló que, a su juicio, la registrabilidad de estos procedimientos de analogía tiene como justificación fundamental la de permitir la protección de unos procedimientos que, como tales, no reúnen los requisitos de novedad e invención indispensables para la patentabilidad en general.

¿Cuál es la postura que mantiene nuestro Derecho positivo vigente en esta materia? La contestación a esta pregunta se presta a opiniones diversas y contradictorias. El ponente, por su parte, se manifestó en contra de la registrabilidad de los llamados procedimientos de analogía por carecer de los requisitos positivos de patentabilidad que nuestro ordenamiento legal exige.

II. En cuanto al principio de unidad de objeto de la patente, que recoge el artículo 57 del E. P. I., señaló el señor Banús cómo es muy frecuente en nuestro país la solicitud de inscripción y subsiguiente registro de patentes que, de hecho, comprenden múltiples y diferentes procedimientos.

Ante esta falta de unidad de objeto, se planteó el ponente la posibilidad de impugnación de la patente. Después de examinar los artículos 57, 62, 100 y 115 del E. P. I. —que contienen una línea de pensamiento del legislador bastante oscura— examinó la postura sostenida por la Sala I de la Audiencia Territorial de Barcelona, en sentencia de 8 de octubre de 1943, y la Sala I del Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de abril de 1969. En ambas sentencias se establece —equivocadamente, a juicio del ponente— que la acción de impugnación corresponde, única y exclusivamente, al Asesor Jurídico del Registro, “en cumplimiento de acuerdo que para ello adopte el Ministro” (artículo 115 E. P. I.). Y ello en base a considerar que la patente se ha concedido “por error..., sin tener en cuenta las prohibiciones contenidas en el presente Estatuto” (artículo 115, 5.º).

El ponente se opuso a esta interpretación jurisprudencial, ya que la misma supone negar la acción de impugnación a cualquier indus-

trial que se estime perjudicado por la inscripción indebidamente otorgada de la patente. Y justificó su oposición en base a que el Registro de la Propiedad Industrial limitará el examen que realice, previo a la concesión de la patente, “a la patentabilidad y excepciones del artículo 48 y a la suficiencia de la descripción...” (artículo 62 del E. P. I.), sin que deba extender dicho examen a comprobar si, bajo la apariencia de unidad de objeto, quedan comprendidos en la patente más de un procedimiento. Y concluyó señalando que la acción de impugnación deberá fundarse en el número 1.º del artículo 115, quedando, por tanto, legitimados para su ejercicio ante los Tribunales quienes se estimen perjudicados. “Con esta interpretación —razonaba el ponente— se podría poner fin a una injustificada situación cual es la de la existencia de patentes que no guardan el principio de unidad de objeto y que, sin embargo, son en la práctica de muy difícil impugnación, ya que para ello sería preciso que existiera un interés público que justificara el acuerdo de impugnación adoptado por el Ministro.”

Continuando en esta línea de extender la legitimación para el ejercicio de las acciones de impugnación a cualquier persona que se estime perjudicada, el señor Banús sostuvo que, incluso las acciones impugnatorias fundadas en las causas de nulidad previstas en los números 2.º y 5.º del artículo 115 del E. P. I., pueden ejercitarse por los particulares. Ello en razón de que, “aparte de que la subsistencia de patentes indebidamente inscritas afecta al interés general y, por tanto, puede perjudicar a intereses particulares, existen prohibiciones de patentabilidad (como las contenidas en los números 3.º y 4.º del artículo 48) cuya vulneración puede incluso implicar perjuicio directo para los derechos de exclusiva dimanantes de inscripciones prioritarias”.

III. En cuanto al alcance del derecho que deriva de la inscripción de una patente de procedimiento (tema que posteriormente sería abordado con mayor detenimiento por el Profesor Fernández-Novoa), el señor Banús, después de señalar que el artículo 45, 3.º del E. P. I. otorga al concesionario “el derecho de fabricar, ejecutar o producir, vender o utilizar el objeto de la patente como explotación industrial y lucrativa en las condiciones que se fijan en este Estatuto”, pasó a exponer las diversas interpretaciones que se han formulado en nuestra doctrina respecto del alcance del derecho que nace del registro de una patente de procedimiento (única a la que pueden acogerse “las fórmulas farmacéuticas y medicamentosas”, de acuerdo con el número 2.º del artículo 48 del E. P. I.).

Y en este sentido expuso que, para un primer grupo de intérpretes de nuestra normativa vigente, el titular de la patente goza, no sólo de un derecho de exclusiva respecto a la ejecución en España del procedimiento patentado, sino también sobre la comercialización y utilización lucrativas de los productos obtenidos por el empleo de dicho procedimiento, con independencia de que hayan sido o no fabricados en España. Interpretación ésta que encuentra su apoyo

legal en el párrafo 1.º del artículo 45 del E. P. I., interpretado extensivamente, donde el legislador nos dice qué se entiende por patente.

Para un segundo sector, sin embargo, el derecho que deriva de la inscripción de la patente de procedimiento (y por ende de la patente de procedimiento farmacéutico) sólo afecta a la ejecución en España del procedimiento patentado, sobre el cual confiere un derecho de exclusiva al titular de la patente, e —indirectamente— a la comercialización y utilización lucrativas en nuestro país de los productos obtenidos por dicho procedimiento por parte de quien ha vulnerado los derechos de exclusiva que la patente concede. Interpretación que se funda en la formulación literal del artículo 45 del E. P. I., corroborada por el número 2.º del artículo 48 del mismo cuerpo legal, y que ha encontrado eco jurisprudencial en las sentencias de 20 de mayo de 1963 y 15 de noviembre de 1971 dictadas, respectivamente, por las Salas II y I de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Después de exponer estas dos posturas contradictorias, el señor Banús se mostró personalmente partidario de la segunda tesis, en base a una interpretación rigurosa de los artículos 45 y 48, 2.º del E. P. I. Todo ello sin perjuicio de los casos en que sea aplicable la Revisión de Estocolmo (año 1967) del Convenio Internacional de la Unión de París, ratificado por España en fecha reciente, en virtud del cual ya no podrán establecerse distinciones en razón a que el producto hubiese sido fabricado en España o en un país extranjero, mediante la utilización del procedimiento patentado, siempre que este segundo país hubiese también suscrito el Convenio de la Unión.

IV. La última parte de la ponencia estuvo principalmente centrada en el tema de la carga de la prueba, en los casos de ejercicio de acciones por violación de la patente.

En párrafos anteriores veíamos cómo, en su afán de dotar a la patente de procedimiento de un contenido de derechos lo suficientemente amplio como para permitir a su titular la explotación efectivamente exclusiva del procedimiento patentado y de los productos por el mismo obtenidos, un sector de la doctrina extendía los derechos que nacen de la patente, no sólo a la ejecución del procedimiento objeto de la misma, sino a la comercialización de los productos obtenidos mediante su ejecución, con independencia de que hubiesen sido producidos en España o en el extranjero.

Ahora bien, esta extensión del contenido de la patente debe ir acompañada, en opinión de algunos, de una inversión de la carga de la prueba. El titular de una patente de procedimiento inscrita no puede verse afectado en su situación de exclusividad en la producción y comercialización de sus productos. Y cuando un competidor trate de introducir en el mercado nacional, con independencia del lugar donde fue producido, un determinado producto que pueda presumirse obtenido por un procedimiento idéntico al patentado,

deberá ser ese competidor quien pruebe que lo ha sido por otro distinto.

Según nuestra legislación vigente, confirmada en sentencias del Tribunal Supremo de 25 y 27 de enero y 29 de marzo de 1966 y 15 de diciembre de 1971, corresponde al demandante la prueba de que el procedimiento cuya ejecución considera lesiva para su derecho de exclusiva concuerda de forma sustancial con el objeto de su patente. Con todas las dificultades que esta prueba conlleva.

En sentido contrario, el Anteproyecto de Ley de Patentes y de Modelos de Utilidad, elaborado por la Comisión Oficial para la Reforma del E. P. I. (de aquí en adelante: Anteproyecto Oficial), en su artículo 27, establece la inversión de la carga de la prueba.

En relación con este punto, el ponente se mostró contrario a esta innovación del Anteproyecto Oficial por estimar que “traería consigo dificultades tan o más graves que las actuales”. Y opina, en consecuencia, que la solución a este problema habría de buscarse en la práctica de diligencias preliminares de comprobación de hechos que el mismo Anteproyecto reconoce en sus artículos 216 y siguientes como una facultad del juez. Ya que si difícil es actualmente para el titular de una patente probar que se están vulnerando los privilegios que la misma le concede, “más difícil será para un mero adquirente del producto, eventualmente fabricado en el extranjero, acreditar que dicho producto había sido obtenido por un procedimiento no comprendido en el patentado”.

II. DATOS CIENTIFICO-TECNICOS DEL PROBLEMA

ANGEL VIAN: *Producto y procedimiento en las invenciones químicas y farmacéuticas.*

Ya en la ponencia anterior —la desarrollada por el señor Bannús— se había puesto sobradamente de manifiesto la necesidad de perfilar determinados conceptos (procedimiento, producto, grado de inventiva, etc.) que el jurista debía utilizar con frecuencia en el campo del Derecho de Patentes. La ponencia del Profesor Vian era, por tanto, esperada por todos los asistentes a los Coloquios con gran interés.

La exposición del Profesor Vian puede dividirse en tres grandes apartados:

1. En una primera parte, después de destacar las particularidades de la industria química en general, pasó a exponer lo que denominó la “estrategia de la producción químico-industrial” y terminó señalando la relación entre producto y procedimiento en la industria química y en las que el ponente denominó “industrias de la forma”.

2. En una segunda parte examinó los posibles fundamentos de la patente de producto químico y su evolución.

3. Y terminó exponiendo el presente y futuro del problema de la patentabilidad de los productos farmacéuticos dentro del grado actual de desarrollo de la industria española.

I. Comenzó el ponente señalando que, dentro del conjunto que forman las actividades industriales, la química practica unas secuencias de operaciones y de procesos, a las que llamamos procedimientos. Procedimientos que se caracterizan porque conducen siempre a materias distintas a las de partida.

Estas materias distintas a las que se llega mediante un determinado procedimiento no son, sin embargo, susceptibles de inmediata aplicación utilitaria. Es preciso darles formas para, a través de éstas, llegar a la obtención de cosas concretas aptas para una finalidad determinada. En palabras del Profesor Vian, la industria química es productora de *pre-cosas*, a las que es preciso dar determinadas formas para que lleguen a ser *cosas concretas* susceptibles de ser aplicadas utilitariamente.

Expuesta de esta manera la particularidad de la industria química frente a las industrias de la forma, pasó el Profesor Vian a desarrollar —sirviéndose de diapositivas— lo que denominó la “estrategia de la producción químico-industrial”. Estrategia que podría resumirse señalando que, supuesta una materia prima y un producto, son posibles numerosos caminos, numerosos procedimientos distintos para llegar a la obtención de dicho producto. Multiplicidad de procedimientos, además, que es estadísticamente más amplia cuanto más compleja sea la estructura del producto final, pues —como afirmó el ponente— “mayores son las oportunidades de nueva construcción de alguna de las partes de la molécula definitiva”. Y no debemos olvidar que los productos de aplicación farmacéutica son de gran complejidad molecular.

Con lo expuesto, el Profesor Vian sentó la primera conclusión de su ponencia: los productos de la industria química (y, por ende, los farmacéuticos) no presuponen un único y determinado procedimiento de fabricación, ni siquiera de obtención. Al contrario de lo que sucede en las industrias mecánicas o industrias de la forma.

Y es en esta distinción entre las industrias químicas (productoras de *pre-cosas*) y las industrias de la forma (productoras de *cosas*), en este distinto grado de evidencia que acompaña al procedimiento y al producto, donde se encuentra —a juicio del ponente— la razón última de que desde un principio fueran patentables los productos de la industria no química y no lo fueran los de la química (léase, en este caso concreto, los de la farmacéutica). Y ello “porque a las formas se llega casi siempre por métodos obvios, pero a las sustancias, no”.

Un producto químico, continuó el Profesor Vian, no es en principio más que una gama, unas veces más amplia que otra, de posibilidades o pretensiones de valer para algo, sin que nos sea posible saber “a priori” y de forma segura para qué y en qué medida.

En conclusión, pues, la utilidad de la forma es apriorística, la

del producto es aposteriorística. La utilidad de la forma la imaginamos, la del producto la descubrimos. De aquí que en la invención química (léase farmacéutica) ha venido importando menos el producto que se creaba que el procedimiento por el que se creaba y la finalidad o utilidad para la que se creaba.

II. ¿Por qué no la patente de producto? Con esta pregunta abrió el Profesor Vian la segunda parte de su ponencia.

Efectivamente, ¿es que tiene menos mérito —se preguntó el ponente— llegar por síntesis a la compleja arquitectura molecular de un medicamento que a un freno de disco?

Para contestar a esta pregunta hemos de referir todo lo ya expuesto sobre las invenciones químicas a las invenciones farmacéuticas. Y, dentro de la industria química, la farmacéutica se caracteriza “porque pesa sobre ella la producción de la sustancia y la de la forma, y porque tiene la grave responsabilidad de establecer dosis e incompatibilidades”.

Caracterizada la industria químico-farmacéutica, el Profesor Vian pasó a señalar las vías de invención en el campo que nos ocupa. De acuerdo con el estado actual de la ciencia, señaló el ponente, caben tres vías de penetración para hallar nuevos productos válidos:

1. Aislar el principio activo de un producto natural de efectos conocidos (vía tradicional).
2. Modificar sistemáticamente la parte accesoria de la estructura de un producto activo en busca de nuevas especies químicas que, conservando el carácter esencial, presenten menos efectos secundarios desagradables o potencien el efecto primario (vía de inducción química).
3. Estudiar el mecanismo químico de la enfermedad e interponer en la secuencia reactiva productos que la anulen o la desnaturalicen por reaccionar preferentemente sobre los metabolitos, por ejemplo (método mecanístico).

Expuestas las vías de invención en el campo químico-farmacéutico, vuelve el Profesor Vian a plantearse la pregunta con la que abrió esta segunda parte de su ponencia: ¿por qué no las patentes de producto?, ¿por qué las patentes de procedimiento?, ¿por qué el empeño actual en hacer patentables los productos químicos?

Señaló que si hasta hace poco tiempo no existía la patente de producto químico (y por ende farmacéutico) era por la cuádruple presunción de que:

1. No hay producto sin procedimiento;
2. lo normal es que haya más de un procedimiento;
3. si el producto es nuevo, cualquier procedimiento que lo produzca, por obvio que sea, es patentable porque está justificada su novedad por el hecho de que nadie antes había llegado a ese producto, y
4. la Sociedad ha entendido que premiaba suficientemente al inventor de un producto concediéndole la exclusiva sobre el

procedimiento, y dejaba sin proteger el producto para animar a otros inventores a lograrlo por procedimientos distintos y más baratos.

Si esto ha sido así, ¿qué ha sucedido para que, con mayor frecuencia, los países más industrializados, hayan adoptado la patente de producto? Las razones que apunta el Profesor Vian son las mismas que han venido sosteniendo todos los defensores de la patente de producto: el premio al inventor y el estímulo a los restantes investigadores. Pero, se pregunta nuevamente, ¿no ha sido espectacular el desarrollo de la industria química en general (y farmacéutica en particular) durante el último siglo sin necesidad de recurrir a la patente de producto?

Las razones, entonces, de este cambio de mentalidad del legislador de una gran mayoría de países hay que buscarlas en otra parte. Y una de ellas, a juicio del ponente, radica en la misma naturaleza de las cosas: el caso de los denominados "productos-mezcla" que en el campo farmacéutico se denominan "asociaciones". En el supuesto de mezcla de dos productos conocidos para lograr otro que, combinando los efectos de ambos, presente algunas ventajas, no podemos hablar de novedad, ya que es absurdo "hacer originalmente una simple mezcla". En este caso, parece claro que la única solución para poder patentar el nuevo fármaco es la patente de producto.

La otra razón que apunta el ponente radica en el explicable deseo de las grandes empresas que gastan ingentes cantidades en investigación y no siempre pueden evitar la piratería industrial de sus competidoras. Especialmente teniendo en cuenta que las dificultades de demostrar su denuncia son muy grandes, en base a que la carga de la prueba pesa sobre el demandante.

La patente de producto, entonces, resolvería algunas injusticias provocadas por la piratería industrial, pero ello supondría para ciertos países —España entre ellos— "no sólo un freno al desarrollo científico y tecnológico, sino que con ello tampoco se premiaría al investigador ni a la empresa autóctona. El resultado de la introducción en nuestro país de la patente de producto quedaría en el disfrute de un extenso monopolio por parte de las compañías extranjeras que son las que hoy por hoy pueden arriesgar capitales con fines inventivos".

Podría ocurrir, entonces, con la patente de producto, que por temor al hipotético abuso de unos se otorgue a otros la segura facultad de abusar de los demás y aún de perturbar el desarrollo económico de los países subdesarrollados o en vías de desarrollo.

Y terminó el Profesor Vian esta segunda parte de su ponencia planteando un problema quizá bastante lejano aún, pero de indudable importancia. Si un producto se obtiene a través de un determinado procedimiento aplicado a una materia prima concreta; si se reconoce la patente de procedimiento y la patente de producto comienza a introducirse en la mayoría de los países de elevado nivel industrial; ¿no cabrá pensar en la posibilidad de que algún día surja

la patente de materia prima? Y concluye el ponente dejando en el aire la siguiente pregunta: ¿no correrá la investigación aplicada de los países minusválidos el peligro de que un día le bloqueen también esta disponibilidad *ad maiorem securitatem empresaе magnaе*?

III. Concluyó su ponencia el Profesor Vian manifestando, a modo de conclusiones, que si bien nuestro país deberá, más pronto o más tarde, acomodarse al régimen jurídico europeo en materia de patentes, es lo cierto que este momento no ha llegado aún ni parece inmediato. Por ello no sería aconsejable —terminó el ponente— que nuestra europeización comenzara por la legislación de patentes. “Nuestra industria no tiene nivel innovador suficiente, aún. La realidad demuestra que los países pueden llegar a competir en innovación científica y técnica cuando la renta se aproxima a los 2.000 dólares per cápita. Este nivel se nos promete a los españoles para dentro de ocho años. Esperemos hasta entonces, pues.”

III. BASES PARA UNA POLITICA EN LA INDUSTRIA FARMACEUTICA ESPAÑOLA

LUIS MORROS: *Posibilidades y perspectivas de la investigación farmacéutica en España*

El ponente, Subdirector General de Industrias Químicas, dividió su exposición en cinco grandes apartados:

1. Estado actual de la investigación farmacéutica mundial.
2. Índice de problemas de la industria farmacéutica española.
3. Estado actual de la investigación farmacéutica en España.
4. Necesidad y dificultades de la investigación farmacéutica, y
5. Perspectivas de la industria farmacéutica española en investigación.

I. En cuanto al estado actual de la investigación farmacéutica en el mundo, el señor Morros señaló cómo en el año 1971 se habían descubierto cincuenta y nueve nuevas drogas de síntesis en Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Alemania, Suiza, Italia y Japón. Con la importante salvedad de que ninguna de las drogas señaladas representa lo que pudiera llamarse una novedad fundamental. Son, por el contrario, mejoras o perfeccionamientos en la técnica actual que permiten a los medicamentos bien una mayor potencia en sus efectos primarios o bien menores efectos secundarios.

La investigación española, por su parte, ha contribuido al incremento de la farmacopea con catorce nuevas drogas que representan interesantes aportaciones en sus campos respectivos.

En íntima relación con estas cifras se encuentra el hecho de que, en términos generales, la industria farmacéutica internacional se caracteriza por ser patrimonio de unas pocas empresas de ámbito multi,

inter o supranacional, que controlan la mayor parte de los nuevos productos y una parte muy sustancial del mercado farmacéutico mundial.

Estas empresas se caracterizan, fundamentalmente, porque su organización se extiende, mediante filiales propias, a casi todos los países del mundo, con lo que el mercado potencial de una nueva droga está potenciado al máximo. Y, además, porque invierten fuertes cantidades de sus beneficios en investigación, lo que les ha permitido mantener esa posición de privilegio dentro del mercado internacional.

En realidad el problema de la investigación dentro de las industrias químico-farmacéuticas se mueve dentro de lo que se podría llamar —en frases del señor Morros— el “círculo vicioso de la suficiencia o riqueza” y el “círculo vicioso de la insuficiencia o pobreza”. Efectivamente, las grandes empresas internacionales pueden dedicar un elevado porcentaje de sus ingresos a la investigación porque tienen grandes beneficios. Y tienen grandes beneficios porque dedican un elevado porcentaje de sus ingresos a la investigación, lo que les permite mantener su posición de privilegio dentro del mercado. Por el contrario, las pequeñas empresas —que se mueven “en el círculo vicioso de la insuficiencia o pobreza”— no pueden dedicar grandes cantidades a la investigación (concretamente a la investigación de base) porque sus ingresos no se lo permiten. Y sus ingresos no se lo permiten porque, al no dedicar fuertes sumas a la investigación, están dependiendo de las grandes empresas.

II. En una segunda parte de su ponencia, el señor Morros señaló, a modo de índice, los principales problemas con que se enfrenta la industria farmacéutica en España. Para ello dividió estos problemas en dos grupos perfectamente diferenciados:

A) Problemas industriales:

1. Pequeña dimensión de los laboratorios.
2. Elevado número de laboratorios.
3. Dependencia tecnológica creciente del exterior (los pagos españoles por el concepto de asistencia técnica fueron, durante el año 1970, de 9.000 millones de pesetas, debiendo haber alcanzado en el pasado año de 1971 la cifra de 10.000 millones. Siendo de este total el sector químico el segundo en importancia).
4. Escasez de investigación.
5. Reducida fabricación de principios activos (materia prima).
6. Importación de materias primas.
7. Participación extranjera creciente.
8. Balanza comercial negativa.

B) Problemas comerciales y sanitarios:

1. Elevado número de especialidades registradas con objetivos terapéuticos similares.
2. Alto número de especialidades registradas no comercializadas.
3. Costo de registro casi nulo.
4. Control de precios.
5. Escandallo de precios, limitaciones y consecuencias.
6. Falta de uniformidad de precios en preparados equiparables.
7. Dosis y tamaño de envases.
8. Problemática arancelaria.

III. En cuanto al estado actual de la investigación farmacéutica en España, el ponente señaló cómo las empresas españolas son de pequeña dimensión, investigan poco, no obtienen productos químico-farmacéuticos de base y no logran carácter multinacional sino estrictamente local.

De estos caracteres que marcan el conjunto de la industria farmacéutica española, el principal —y el que más destacó el señor Morros— es la falta de investigación. La empresa española, salvo muy honrosas excepciones, no realiza una investigación de productos químico-farmacéuticos de base. Su investigación se reduce —y es relativamente reciente— al campo de la investigación aplicada, basada en resultados y productos ya desarrollados por las grandes empresas.

Consecuencia de esta falta de investigación es la existencia de una dependencia tecnológica considerable de los países industrialmente más desarrollados. La balanza de pagos en materia de asistencia técnica presenta un signo rotundamente negativo: frente a 10.000 millones de pesetas que pagamos cobramos 2.000 millones.

Consecuencia inexcusable de lo anterior es la cifra de patentes españolas. En el año 1970, de las 11.810 patentes solicitadas en España, 8.844 lo fueron por extranjeros (casi el 75 por 100 del total).

Es cierto que “la investigación propia —dijo el señor Morros— es una empresa que significa sacrificio y riesgo económico”. Pero hay que destacar —citando una conferencia de Jorge Ferrer— que “un año no rentable para el capital puede ser un año extraordinario para la empresa, si ha destinado grandes recursos a la investigación y está en vías de descubrir un nuevo producto eficaz que le abra nuevos mercados”. Efectivamente, es siempre a largo plazo cuando se establecen diferencias bien definidas entre las empresas que han detraído una parte de sus beneficios para investigación y las que han preferido adquirir técnicas extranjeras. Camino este último, claro está, más cómodo y menos costosos a corto plazo, pero que hunde a la empresa que lo sigue, aún más, en ese “círculo vicioso de la insuficiencia o de la pobreza”.

IV. En orden a las necesidades y dificultades de la investigación farmacéutica, el señor Morros citó la pequeñez dimensional de las empresas españolas que ha impedido efectuar esa expansión internacional a todas luces necesaria si se quiere poseer empresas competitivas a nivel multinacional.

Otra dificultad digna de tener en cuenta —añadió el ponente— es la falta de tradición investigadora de nuestro país. La cual trae consigo la escasez de personal científico formado y especializado.

A ello, hay que añadir, además, la necesidad de adquirir la mayor parte de los aparatos, reactivos, materias primas, etc., en el extranjero. Con todo lo que ello supone de incremento de gastos y retraso en el tiempo de la investigación.

V. Ante este cuadro de nuestra investigación farmacéutica, sin embargo, el señor Morros opina que la misma se encuentra “en un grado incipiente, pero prometedor”.

El ponente, una vez sentado que a esta investigación aplicada que actualmente tenemos no se le pueden pedir milagros, cree que ya ha alcanzado un grado de madurez que le permitirá, en un plazo más o menos corto, llegar al descubrimiento de productos que por modificación molecular o por su técnica de preparación, puedan tener propiedades más interesantes que las ya conocidas.

La situación actual de la industria farmacéutica es equiparable —según el ponente— a la que poseían Italia y Japón antes de su espectacular despegue económico.

A esto hay que añadir que la Administración Central ha iniciado, aunque de forma vacilante aún, una política de decidido apoyo a la industria privada mediante la aportación de fondos para Planes Concertados.

Concluyó el señor Morros su ponencia señalando que “las perspectivas inmediatas de la industria farmacéutica española se centran en ampliar y robustecer la investigación iniciada”. Para que esto se transforme en realidad, se requiere poner énfasis especial en los siguientes factores —a su juicio— decisivos:

1. Mayor dimensión de la empresa químico-farmacéutica y mayores estímulos a su concentración;
2. mayor atención empresarial a la investigación y técnicas propias;
3. Incremento de la industria químico-farmacéutica de base;
4. ampliación del mercado, favoreciendo la expansión multinacional;
5. desarrollo y madurez de equipos de investigación especializados;
6. aumento del apoyo estatal a la industria;
7. establecimiento de una política de investigación nacional, y
8. cooperación con la Seguridad Social.

IV. DATOS JURIDICOS DEL PROBLEMA

ALBERTO BERCOVITZ: *La patentabilidad de las invenciones farmacéuticas*

Con la Ponencia del Profesor Bercovitz se abrió la parte que pudiéramos llamar eminentemente jurídica de los Coloquios. Con ella comienza a abordarse el problema de la protección de las invenciones farmacéuticas en toda su plenitud y complejidad.

Para su exposición, el Profesor Bercovitz dividió su ponencia en cinco apartados:

1. Introducción.
2. La evolución del problema en algunos ordenamientos extranjeros: Francia, Italia y Alemania.
3. Situación actual en las diversas legislaciones.
4. El problema referido a España.
5. Conclusión.

I. Comenzó el Profesor Bercovitz señalando que el problema de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas no era ni típicamente español ni exclusivo de los momentos actuales. Antes al contrario, tiene una larga tradición de controversias doctrinales, no sólo en España sino en el extranjero, que han ido plasmando en diversos cuerpos legales.

En virtud de ello, el ponente señaló la absoluta necesidad de hacer un recorrido con cierto detenimiento por aquellos ordenamientos extranjeros que, bien por estar más cerca del español, bien por haber influido en él, nos pueden permitir corroborar que el problema de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas ha estado latiendo desde siempre y, con preferencia, en los países más avanzados industrialmente.

II. Comenzando por el ordenamiento francés, el Profesor Bercovitz trazó un completo recorrido de las vicisitudes por las que ha atravesado la patente de producto farmacéutico desde la antigua Ley francesa de 1844 hasta la vigente Ley de 2 de enero de 1968. En este sentido, expuso que la norma prohibitiva de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas se encuentra por vez primera en la Ley francesa de 1844. Se justificaba esta prohibición alegando, por una parte, que no existiendo previo examen en el sistema francés de concesión de patentes, el hecho de que se concediesen patentes para invenciones farmacéuticas, podía hacer nacer en el público la errónea convicción de que existía una suerte de garantía por parte de la Administración sobre la efectividad terapéutica del invento patentado; por otra parte, se temía que al conceder un monopolio de explotación al titular de una patente de invención farmacéutica subieran desmesuradamente los precios de los productos. Estas dos razones van a repetirse luego en otros ordenamientos, como el alemán y el italiano.

El sistema que instaura la Ley francesa de 1844 comienza, sin embargo, a ser objeto de duras críticas por parte de la doctrina. Se objetó a esta prohibición que eran tales las alabanzas que se hacían a diario en los periódicos de la bondad de los productos farmacéuticos que poco añadiría la patente al valor de mercado de los mismos; que si hubiese algún caso en que el precio subiera desmesuradamente, siempre podría recurrirse a la expropiación forzosa.

Aparte de estas críticas, lo cierto es que el precepto de la Ley de 1844 comienza a ser interpretado con un carácter cada vez más restrictivo. De tal modo que se llega a considerar que no se pueden patentar los productos farmacéuticos, pero sí los procedimientos para su obtención.

Ahora bien, continuó el ponente, pronto se puso de manifiesto que en determinadas ocasiones, por circunstancias de puro hecho, el tener el monopolio del procedimiento equivale a tener el monopolio del producto. Concretamente, en los casos en que el producto sólo puede obtenerse por medio de un determinado procedimiento (caso de la patente KNORR, relativa a la fabricación de la ANTIPIRINA).

Para evitar situaciones de este tipo, el Comité Técnico de la Propiedad Industrial estableció una doctrina en virtud de la cual distinguía entre dos clases de procedimientos: los que llevaban a la producción de un producto químicamente definido (en cuyo caso parecía posible la búsqueda de otro procedimiento para su obtención) y los que daban como resultado un producto no definido químicamente (en los cuales las perspectivas de encontrar un procedimiento de obtención distinto del original patentado eran inexistentes). Se concedía la patente para los primeros, mientras se denegaba para los segundos.

Esta doctrina administrativa fue también objeto de críticas. Se argumentaba contra ella, principalmente, señalando que, dados los avances de la química, era posible que un producto para cuyo procedimiento de obtención se denegara la patente hoy, pudiera ser definido químicamente mañana.

Para terminar con esta problemática es por lo que se promulga la Ley de 27 de enero de 1944. En dicha Ley se mantiene la prohibición de patentar los productos farmacéuticos, pero —y aquí radica su importancia— se admite la patentabilidad de los procedimientos, sin distinción de tipo alguno.

Con posterioridad a esta Ley de 1944, se lleva a cabo, además, la introducción en el campo de las patentes para invenciones farmacéuticas del sistema de las licencias obligatorias. Lo cual dota de una mayor flexibilidad a dicho régimen.

Ahora bien, aún queda en pie un problema que la doctrina pone inmediatamente de manifiesto: existían productos respecto de los cuales era muy difícil y a veces imposible distinguir el procedimiento de obtención del mismo producto. Concretamente en los casos de las mezclas y las disoluciones.

Así las cosas, en el año 1959 se establece una patente especial

para productos medicamentosos y, por último, con fecha 2 de enero de 1968 se promulga la vigente Ley de Patentes en la cual se admite ya, con carácter general, la patentabilidad de las invenciones de producto farmacéutico. Ahora bien, con la salvedad de que no es posible patentar las nuevas aplicaciones farmacéuticas de productos ya conocidos como medicamentos.

En cuanto al ordenamiento italiano —continuó el Profesor Bercovitz— es curioso observar cómo, partiendo de los mismos presupuestos que la Ley francesa de 1844, llega a conclusiones totalmente diferentes. Soluciones que, por otra parte, aún permanecen vigentes.

Efectivamente, la Ley de 1859 declaraba que no podían ser objeto de patente los medicamentos de cualquier clase. Y basaba su aserto en los mismos argumentos que veíamos lo hacía la Ley francesa. Ahora bien, al contrario de lo que sucedía en Francia, la Administración italiana aplicó siempre en toda su amplitud esta prohibición de la Ley.

La Ley de 1859 atravesó una serie de vicisitudes —sobre todo en base a un Decreto del año 1934 que admitía las patentes de procedimiento, pero que no llegó a entrar en vigor— hasta que aparece el Decreto de 29 de junio de 1939 que declara de forma terminante que no pueden constituir objeto de patente los medicamentos de cualquier clase ni los procedimientos para su obtención. Decreto que, aun cuando fue impugnado por anticonstitucional, por sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1957 se declaró su constitucionalidad.

La situación de Italia actualmente es, por tanto, que no existen patentes ni de productos ni de procedimiento farmacéutico.

Por último, en cuanto al ordenamiento alemán, es preciso destacar que la Ley de 1877 establecía la prohibición de patentar las invenciones de medicamentos, aun cuando establecía la salvedad de que podían patentarse los procedimientos de obtención de dichos productos.

Peró este planteamiento de la Ley de 1877 hubo de ser modificado debido a que, ante la falta de patentabilidad de los productos químicos en Suiza, se instalaron en dicho país una serie de fábricas que, utilizando procedimientos patentados en Alemania (especialmente de fabricación de colorantes sintéticos) se dedicaban a la producción y exportación de los mismos a dicho país. Ante esta situación la industria alemana se encontraba sin defensa alguna, dada la redacción de la Ley y la interpretación que los tribunales venían haciendo de la misma.

Influido por esta situación, el Tribunal Supremo del *Reich* dicta la conocida sentencia del “azul de metileno” en la que establece que la protección que emana de la patente de procedimiento se extiende también al producto obtenido por el mismo. Principio que se consagra posteriormente en la Ley de 7 de abril de 1891, en la cual se establece, además, la inversión de la carga de la prueba.

La normativa vigente hasta la publicación de la Ley de 4 de

septiembre de 1967 se completa con la también famosa sentencia sobre el "rojo Congo", que establece la posibilidad de patentar los denominados procedimientos análogos cuando dan lugar a un resultado nuevo, inesperado y valioso.

Y llegamos, por último, a la modificación operada por la Ley de 4 de septiembre de 1967 que suprime la prohibición de patentar los productos farmacéuticos. Supresión que se lleva a cabo, curiosamente, de una forma inesperada, ya que en el proyecto de Ley no figuraba. La razón fundamental de esta innovación —según expuso el Profesor Bercovitz— en que, ante la inexistencia de la patente de producto, los inventores trataban de patentar todos los procedimientos posibles para la obtención del producto de que se tratase. Con ello las oficinas de patentes se encontraban totalmente sobrecargadas de trabajo. Y dado que la Ley de 1967 tenía como principal motivación aligerar de trabajo a la Oficina alemana de Patentes, se estimó que si se concedía la patente de producto, al disminuir las solicitudes, lo haría en idéntica proporción el trabajo de la Oficina.

Claro está, junto con esta razón existen otras de gran peso que permitieron que en un debate parlamentario se introdujera esta modificación fundamental en el régimen jurídico de las invenciones farmacéuticas, sin que encontrase prácticamente oposición alguna. Concretamente desde el año 1951 se venía produciendo una importante polémica en la doctrina que concluyó con la admisión generalizada de la patente de producto. Se discute hoy, sin embargo, la conveniencia de un perfeccionamiento y un mayor rigor de las licencias obligatorias y las normas sobre expropiación.

III. Visto lo anterior, el Profesor Bercovitz concluyó que, en realidad, "la patentabilidad o no patentabilidad de los productos y procedimientos farmacéuticos no se debe a razones intrínsecas del Derecho de Patentes, sino a factores exógenos que cambian de país a país y de época en época".

Y pasó a exponer la situación actual del problema en las diversas legislaciones. En este sentido señaló que, mientras en Europa Occidental —dado el elevado nivel de desarrollo de los países que la integran— existe una tendencia decidida hacia la patente de producto, en Europa Oriental e Iberoamérica la tendencia en general parece, evidentemente, contraria a la patente de producto y además restrictiva a la patente de procedimiento. Con lo cual se puede establecer que la tendencia hacia la patente de producto corre paralelamente al grado de desarrollo industrial de los países.

IV. Refiriendo el problema a nuestro país, el Profesor Bercovitz comenzó señalando que no iba a establecer un juicio de valor. Sólo se iba a limitar, concluyó, "a exponer los datos objetivos del problema de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas en nuestro país para que cada cual adopte su postura y, fundamentalmente, para que, llegado el momento, si al legislador le interesa, vea las consecuencias de una u otra de las posiciones".

Sentadas estas premisas, el ponente comenzó señalando el panorama prelegislativo frente al que nos encontramos. En este sentido señaló como, mientras por una parte el Anteproyecto Oficial se encuentra en vía muerta y, después de haber transcurrido dos años desde su conclusión, no ha pasado de las mesas de los Ministerios; por otro lado, existe un Anteproyecto de Convenio para el establecimiento de un sistema europeo de concesión de patentes, que posiblemente se firmará en el año 1973, en cuya colaboración ha participado nuestro país. Pues bien, de acuerdo con la última redacción del Anteproyecto de Convenio, si España llegare a ratificarlo habría de aceptar la validez de las patentes de producto farmacéutico.

En conclusión, por tanto, la regulación de esta materia puede modificarse en España por dos caminos totalmente distintos: el del Anteproyecto Oficial y el del Convenio europeo, con el dato importantísimo de que en la elaboración de este último no ha intervenido la Comisión Oficial sino, exclusivamente, representantes de la Administración Central.

¿Qué puede resultar de la adopción de uno u otro sistema?, se interrogó el ponente. Para contestar objetivamente a esta pregunta hay, en primer lugar, que hacer una aclaración muy importante. Ello es que las justificaciones que se invocaron en el siglo pasado para negar la patentabilidad de las invenciones para productos farmacéuticos están hoy totalmente superadas. Un sistema de licencias obligatorias lo suficientemente riguroso obviaría cualquier extralimitación del titular de la patente en el ejercicio de su derecho de exclusiva. Por otra parte, no debemos olvidar —añadió el Profesor Bercovitz— que la patente no es de hecho actualmente tanto un medio de premiar al inventor, cuanto un medio de garantizar dentro de ciertos límites la rentabilidad de las inversiones capitalistas en investigación.

De acuerdo con lo expuesto —terminó el ponente— podemos concluir que cualquier solución de política industrial que se adopte, si tiene sus razones políticas, podrá justificarse; pero será preciso que se utilice la técnica jurídica adecuada para conseguir el fin perseguido.

“Pienso, sin embargo —continuó el Profesor Bercovitz— que no se discute tanto la disyuntiva patente de producto-patente de procedimiento, cuanto cuál sea la extensión que deba darse al contenido de los derechos que dimanen de la patente de procedimiento”. Efectivamente, y en este sentido se habían pronunciado ya los señores Banús, Morros y el Profesor Vian, la mayoría está plenamente convencida de que en nuestro país, al menos por el momento, no es admisible la patente de producto. Pero —y en ello radicó el punto neurálgico de los Coloquios a nuestro juicio— la solución no es tan sencilla a la hora de decidirse por la patente de procedimiento tal como viene configurada en el actual E. P. I. y la denominada “patente de procedimiento reforzada” que extiende los derechos derivados de la patente de procedimiento a la comercialización de los produc-

tos directamente obtenidos por el mismo, con independencia del lugar donde fue ejecutado el procedimiento y, además, establece la inversión de la carga de la prueba.

Así las cosas, concluyó el ponente, la decisión es de pura política industrial. Es el legislador el que tiene que decidirse por una de estas dos opciones, y su decisión debe obedecer a todo un planteamiento general de una política de fomento de la investigación.

CARLOS FERNÁNDEZ-NOVOA: *El ámbito de protección de las patentes de procedimiento farmacéutico.*

En orden a sistematizar la exposición de su ponencia, el Profesor Fernández-Novoa la dividió en dos grandes apartados:

1. El contenido de las patentes de procedimiento farmacéutico y su fundamento, y
2. La delimitación del producto obtenido directamente por el procedimiento patentado.

I. Comenzó el ponente su disertación distinguiendo entre la patente de aparato, contemplada en el artículo 48, 2.º del E. P. I., y la patente de procedimiento. Y señaló que, mientras la primera no plantea ningún problema particular, bien utilice directamente el titular de la patente el aparato patentado, bien lo ponga en el comercio, la patente de procedimiento ofrece una rica problemática ya que no se contrae al objeto de la misma (la utilización del procedimiento) sino que extiende su ámbito a los productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado.

Centrado el tema, por tanto, en las patentes de procedimiento, el Profesor Fernández-Novoa pasó a examinar el artículo 25, 2.º del Anteproyecto Oficial, a cuyo tenor “cuando la invención patentada consista en un procedimiento, el titular tiene derecho a impedir a los terceros, no sólo la utilización o aplicación del procedimiento, sino también las actuaciones mencionadas en el párrafo anterior (la fabricación, introducción en el país, utilización, ofrecimiento comercial, puesta en el comercio o posesión con objeto de empleo en alguno de los fines mencionados), en cuanto se refieran a los productos directamente obtenidos por el procedimiento patentado”.

Este precepto que, caso de ser aprobado el Anteproyecto Oficial, va a introducir en nuestro Derecho de Patentes una profunda innovación, no constituye, sin embargo— afirmó el ponente— una novedad en el Derecho universal de patentes. En efecto, habiendo nacido con la Ley alemana de 1891 y habiendo sido sancionado, anteriormente, por la Jurisprudencia de aquel país en la famosa sentencia del “azul de metileno”, pasa con posterioridad a las leyes austríaca de 1897, suiza de 1907, holandesa de 1910, uniforme escandinava de 1967 y francesa de 1968. Y, en un plano supranacional, a la Ley-tipo de Patentes para los Países en Vías de Desarrollo elaborada por el

OMPI en el año 1964 y a los sucesivos Anteproyectos de Acuerdo sobre una Patente Europea.

De todo lo cual cabe deducir —concluyó el Profesor Fernández-Novoa— que no nos hallamos en presencia de una disposición esporádica, fruto del azar o consecuencia de la presión ejercida por un determinado grupo de intereses, sino que se apoya en la propia naturaleza de las cosas, es decir, en la índole peculiar del propio procedimiento.

Para apoyar su tesis, el ponente señaló cómo en legislaciones en las cuales no se reconocía esta extensión del ámbito de protección de la patente de procedimiento hacia los productos obtenidos por el mismo, fue la Jurisprudencia la que llegó a establecer dicha conclusión antes de que la legislación se modificara en el mismo sentido. Ya se ha citado la famosa sentencia alemana del “azul de metileno”. En sentido semejante se pronunciaron la jurisprudencia francesa y la inglesa.

Y ello por cuanto la explotación económica de la patente de procedimiento, la puesta en práctica de la misma, desemboca en la fabricación de productos que son introducidos más tarde en el comercio. De forma que la explotación económica del procedimiento es posible únicamente a través de los productos elaborados con arreglo al mismo.

Esta norma cumple además, a juicio del ponente, una función que calificó de adicional o supletoria en aquellos ordenamientos que no admiten la patentabilidad de los productos químicos y farmacéuticos, ya que otorga una protección refleja a tales productos. Protección que se hace particularmente relevante en el caso de importación de productos fabricados con arreglo al procedimiento patentado. Como veíamos en anteriores ponencias —concretamente en la del señor Banús— de no extender el ámbito de la patente de procedimiento a los productos directamente obtenidos del mismo, se priva al derecho otorgado a su titular de parte de su contenido. Efectivamente, si el titular de una patente de procedimiento no puede oponerse a la introducción en el mercado de un producto fabricado en el extranjero con arreglo al procedimiento por él registrado, el derecho de exclusiva que debe conceder la patente se ve gravemente afectado.

“De todo lo expuesto podemos concluir —señaló el Profesor Fernández-Novoa— que aquellas legislaciones que extienden los efectos de la patente de procedimiento al producto directamente obtenido (sobre todo cuando van acompañadas de un sistema de inversión de la carga de la prueba), conceden una protección limitada, relativa o condicionada, a aquellos productos que, en sí mismos considerados, no son patentables”.

II. Expuesta de esta forma la génesis y los precedentes en el Derecho comparado de la norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 25 del Anteproyecto Oficial, pasó el Profesor Fernández-Novoa a examinar el problema relativo a la interpretación de la expresión “productos directamente obtenidos del procedimiento patentado”. Expresión que, en otros ordenamientos como el alemán, ha sido

objeto de diversas interpretaciones en cuanto a su alcance y significado.

En este sentido, comenzó señalando que la defensa de los intereses del titular de la patente tiene que conciliarse necesariamente con los intereses de los competidores y los del público en general. En efecto, lo contrario atentaría a los principios de libertad de industria y de comercio. Si en la fabricación de cualquier producto, en la que interviniese directa o indirectamente, de forma principal o accesoria, un producto obtenido por el procedimiento anteriormente patentado, hubiese que conceder derecho de exclusividad al titular de esa patente en algún momento utilizada, las consecuencias a las que se llegaría serían inadmisibles.

En tal sentido, la mayoría de las legislaciones (alemana, austriaca, suiza, francesa; no así las legislaciones holandesas y uniforme de los países escandinavos) han limitado el ámbito de protección de las patentes de procedimiento a los productos *directamente* obtenidos del procedimiento patentado.

Ahora bien, con esta limitación, si bien se resuelve un problema, se plantea otro no menos interesante: ¿qué se entiende por productos directamente obtenidos del procedimiento? En una palabra, ¿cómo hemos de interpretar el adverbio de modo "directamente"?

Ha de tenerse presente, como señaló el ponente, que muy raras veces un producto es lanzado al mercado tal y como se obtiene al concluir la aplicación del procedimiento patentado. En la mayoría de los casos habrá de someterse a una serie de acabados por medio de diferentes y escalonados procesos de elaboración y tratamiento. Esta realidad cobra especial importancia en el campo de la industria químico-farmacéutica donde, como ya señalaba el Profesor Vian en su ponencia, no se producen cosas, sino precosas.

Siendo esto así, es de todo punto necesario aclarar el sentido que en la redacción del artículo 25 del Anteproyecto Oficial hay que atribuir a la expresión "productos *directamente* obtenidos por el procedimiento patentado".

Para ello, el Profesor Fernández-Novoa se refirió, especialmente, a las tesis mantenidas por la doctrina y jurisprudencia alemanas, ya que han sido éstas las que con mayor rigor y profundidad han abordado el problema.

En este sentido, señaló que han sido fundamentalmente dos las tesis sostenidas en orden a la interpretación de la expresión que nos ocupa:

a) La denominada "teoría del procedimiento final", para la cual sólo cuando el procedimiento patentado tiene por objeto la última etapa del proceso de fabricación del producto que se comercializa, puede dicho producto ser incluido dentro del ámbito de protección de la patente de procedimiento.

b) La llamada "teoría de las propiedades derivadas del procedimiento", por otra parte, que sostiene que lo que debe investigarse,

para extender en su caso el ámbito de protección de la patente de procedimiento al producto de que se trate, es si el producto ha adquirido gracias al procedimiento unas características relevantes en el mercado, una fisonomía y un valor peculiares desde una perspectiva técnica y económica. Si ello es así, el producto quedará dentro del ámbito protector de la patente; caso contrario, quedará excluido del mismo.

La primera tesis, a pesar de que gozó de algún predicamento dentro de la doctrina (Tetzner, entre otros) y en el Tribunal Supremo del Reich, aun cuando ocasionalmente y de manera incidental, ha sido luego duramente criticada. El principal argumento que se ha esgrimido contra ella, señaló el Profesor Fernández-Novoa, ha sido el de que esta tesis desconoce que, en la práctica, es muy difícil encontrar un producto que esté listo para su comercialización inmediatamente después de la ejecución de un determinado procedimiento. Normalmente —ya se hacía referencia a ello con anterioridad— dichos productos han de pasar por una serie de procesos escalonados de acabado. Aplicando, entonces, la teoría del procedimiento final, la gran mayoría de los productos quedarían fuera del ámbito de protección de la patente.

Ha sido, en consecuencia, la llamada “teoría de las propiedades derivadas del procedimiento” la que ha gozado y sigue gozando en la actualidad de mayor predicamento.

Esta teoría, formulada por vez primera en el año 1917 por Ephraim, fue mantenida posteriormente por Isay en su Comentario y, desarrollada en época aún más reciente, por Hahn. Este último autor sostiene —llevando la tesis a sus últimas consecuencias— que la protección dimanante de la patente de procedimiento sólo deja de surtir efecto en aquellos casos en que la valoración del producto de que se trate no depende en modo alguno de la aplicación del procedimiento patentado en el proceso de fabricación del mismo. Por su parte, el Tribunal Supremo del *Reich* se ha adherido también en algunas sentencias a la teoría de las propiedades derivadas del procedimiento.

De acuerdo con esta interpretación de la doctrina y jurisprudencia alemanas, el Profesor Fernández-Novoa concluyó señalando que “para aplicar en el futuro la norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 25 del Anteproyecto Oficial, habrá que exigir inexcusablemente que en el producto resultante desempeñen un papel preponderante las características y propiedades derivadas del procedimiento patentado”. Ahora bien, continuó el ponente, una extensión desmesurada del *ius prohibendi* —en la línea que propugnaba Hahn— obstaculizaría el libre desarrollo de las actividades de las empresas farmacéuticas que en la elaboración de sus artículos empleasen de una manera accesoria el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado. Se impone, por tanto, una interpretación restrictiva, una aplicación cautelosa del precepto comentado.

“La teoría de las propiedades derivadas del procedimiento —terminó el Profesor Fernández-Novoa—, rectamente entendida, podrá proporcionar en su momento una estimable pauta para fijar el ámbito de la patente de procedimiento”.

JOSÉ A. GÓMEZ-SEGADE: *Licencias obligatorias e invenciones farmacéuticas*

La ponencia del doctor Gómez Segade sobre las licencias obligatorias tenía por objeto un tema de gran interés. Si, de acuerdo con el artículo 25, 2.º del Anteproyecto Oficial, se admite en nuestro Derecho de Patentes la patente de procedimiento reforzada (con extensión del ámbito de protección a los productos directamente obtenidos por el procedimiento, independientemente de donde hayan sido producidos, y con inversión de la carga de la prueba), no cabe duda que un mecanismo como el de las licencias obligatorias se hace de todo punto imprescindible para evitar los riesgos que este sistema engendra.

El doctor Gómez Segade dividió su exposición en cinco apartados:

1. Nociones previas.
2. La licencia obligatoria en general.
3. La licencia obligatoria especial de patentes farmacéuticas.
4. La licencia obligatoria de patentes farmacéuticas y el Anteproyecto de Ley de patentes español.
5. Conclusiones.

I. Comenzó su ponencia definiendo el contrato de licencia como aquel por el cual el titular de un derecho de exclusiva, llamado licenciante, autoriza a un tercero, llamado licenciario, a ejercitar ese derecho.

Después de caracterizar este contrato señalando que el derecho que el licenciante otorga al licenciario es un derecho de utilización positiva, que no se limita al mero permitir la utilización del bien inmaterial, sino que lleva consigo una colaboración por parte del licenciante, el ponente pasó a señalar las clases de licencia de patentes que podían distinguirse. En este sentido, el doctor Gómez Segade clasificó las licencias atendiendo a tres criterios:

a) según las mayores o menores facultades que conserve el licenciante, las licencias se dividen en simples o exclusivas;

b) según las facultades concedidas al licenciario, pueden ser limitadas o ilimitadas, y, por último,

c) según la forma de constitución, las licencias pueden ser voluntarias (las que nacen de la voluntad libre y autónoma de las partes), de pleno derecho (las que, aún naciendo de la voluntad libre y autónoma de las partes, van precedidas de un ofrecimiento público

realizado por el licenciante) y obligatorias (que no nacen de la libre voluntad de las partes, sino que son el producto de la intervención del Estado que impone a una de las partes la constitución con carácter forzoso, de una relación obligatoria).

II. Las licencias obligatorias son, pues, relaciones jurídico-privadas constituidas forzosamente en aras de un interés público. De acuerdo con esta idea —siguió exponiendo el doctor Gómez Segade— es preciso proceder a una determinación de lo que debe entenderse por “interés público” y a una delimitación de aquellas causas en virtud de las cuales se puede obligar al titular de un derecho de exclusiva a otorgar una licencia. La delimitación de estas causas, al mismo tiempo que actúa de garantía del titular de la patente, da nacimiento a otras tantas variedades de licencias obligatorias. De acuerdo con el Anteproyecto Oficial, podemos distinguir entre:

- a) licencias obligatorias por falta o insuficiencia de explotación;
- b) Licencias obligatorias por causa de importancia vital, y
- c) licencias obligatorias por dependencia de patentes.

Después de realizar una crítica de la expresión “causa de importancia vital”, probablemente tomada de la Ley-tipo sobre invenciones para los países en vías de desarrollo elaborada por el OMPI, que consideró desacertada y susceptible de dar lugar a confusiones, al menos hasta que la Jurisprudencia y la doctrina hayan decantado el término, el ponente pasó a examinar estos tres tipos de licencias obligatorias.

A) La licencia obligatoria por falta o insuficiencia de explotación no sólo ha sido la primera, sino la más importante de las clases de licencias obligatorias. Fundada su razón de ser en el principio, desde siempre reconocido, de que la patente se concede para que su titular la explote, tuvo su consagración legislativa en la Ley francesa de 1791, de la cual pasó a las restantes legislaciones europeas. Y ha llegado hasta el Anteproyecto Oficial español que la recoge en su artículo 143, aunque con una diferencia sustancial con respecto a otros ordenamientos. En efecto, en la mayoría de las legislaciones la falta o insuficiencia de explotación produce la sujeción de la patente al régimen de licencias obligatorias; sin embargo, el artículo citado del Anteproyecto somete la patente cuya explotación no se haya justificado en los plazos señalados al régimen forzoso de licencias de pleno derecho. Con ello podemos concluir —señaló el ponente— que el ámbito de las licencias obligatorias queda reducido en el Anteproyecto español a aquellas patentes en las cuales, una vez justificada la explotación, ésta se realiza de forma poco efectiva.

Esta línea seguida por el Anteproyecto, de acuerdo con la opinión del doctor Gómez Segade, puede ser calificada de acertada, sobre todo para un país como España en vías de desarrollo y que, por tanto, debe potenciar al máximo las patentes nacionales.

En cuanto a las licencias obligatorias por falta o insuficiencia de

explotación de patentes farmacéuticas, el ponente señaló que este tipo de licencias no tenían demasiada trascendencia en el campo de las invenciones farmacéuticas. De una parte —explicó—, dado que la mayoría de las licencias obligatorias en el sector farmacéutico se engloban dentro de las que el Anteproyecto califica de importancia vital. Y en segundo lugar, por cuanto estas licencias son muy poco útiles para el campo farmacéutico al exigirse como requisito para su constitución el transcurso de tres años sin que se justifique la explotación. Plazo éste demasiado largo para las invenciones farmacéuticas.

B) La licencia obligatoria por dependencia de patente es aquella que se otorga por cuanto de su utilización total o parcial depende la explotación de una patente posterior.

La razón de ser de estas patentes resulta clara, por tanto. Sería absurdo privar al titular de una patente más moderna de la explotación de la misma por la única razón de que esta explotación está dependiendo de la utilización del objeto de otra patente anterior.

Nuestro Anteproyecto Oficial recoge este tipo de licencias obligatorias de una forma muy similar a como vienen reguladas en la Ley-tipo, exigiendo como requisito mínimo para la concesión de este tipo de licencia obligatoria la imposibilidad de explotar la segunda patente sin menoscabo de los derechos conferidos a la primera. Y, en el caso de la patente de perfeccionamiento (aquella que sirve los mismos fines industriales que la precedente), condicionando la concesión de licencia a que el licenciatario, a su vez, se comprometa a conceder licencia al licenciante, es decir, un supuesto de licencia recíproca.

C) La licencia obligatoria por causa de interés público, por último, es una modalidad mucho más moderna y se justifica en razón del mismo interés público que exige una limitación del derecho de exclusiva, no en razón de una mayor o menor explotación, sino en razón de la naturaleza intrínseca de la invención. Por lo cual este tipo de licencias, al contrario de lo que sucede con la licencia obligatoria por falta o insuficiencia de explotación, puede concederse antes de que transcurran los plazos fijados por el Anteproyecto para justificar la puesta en explotación.

Nuestro Anteproyecto —continuó señalando el doctor Gómez Segade— regula esta clase de licencias obligatorias, pero denominándolas de importancia vital. Y distingue tres tipos de ellas: las que afectan a la defensa, la economía nacional o la salud pública del país.

Centrándose en el estudio de las últimas, el ponente señaló que dentro del término "salud pública" —término bastante amplio— las licencias más frecuentes serán sin duda alguna las licencias sobre invenciones farmacéuticas.

III. Con ello pasó a definir este tipo de licencias como una subespecie de las licencias obligatorias por motivos de interés público, caracterizadas por que en las mismas el interés público afectado

es perentorio, lo que exige una regulación que simplifique al máximo los trámites para su solicitud y concesión.

Después de señalar que este tipo de licencias obligatorias tuvo su origen en Inglaterra después de terminar la Primera Guerra Mundial, y que de allí pasaron a Francia, en 1953; a Italia, aunque sólo como discusión doctrinal, ya que su legislación no admite ningún tipo de patente en esta materia; a Alemania, y a varios países de Latinoamérica, el ponente manifestó su opinión favorable a este tipo de licencias, considerándolas como el fruto de una medida avanzada y progresiva, consciente de la importancia del problema.

En cuanto a los sistemas legislativos en orden a la regulación de la licencia obligatoria de patente farmacéutica, el doctor Gómez Segade distinguió entre aquellos que siguen el sistema de libertad de solicitud (una vez concedida una patente para un producto o procedimiento farmacéutico, automáticamente cualquier interesado podrá solicitar una licencia obligatoria, aunque luego la autoridad correspondiente decida si procede o no el otorgamiento de la misma). Este sistema es el seguido en Inglaterra y en una serie de países sometidos a su área de influencia. Y aquellos otros países que siguen el sistema de solicitud restringida, en los cuales la solicitud de licencia obligatoria se somete al cumplimiento de determinados requisitos previos. Prototipo de este sistema es la Ley francesa vigente.

Terminó el ponente esta parte de su exposición expresando que el futuro de la licencia obligatoria de patente es alentador porque viene a favorecer los intereses en juego en materia de patentes: se beneficia el inventor por cuanto la existencia de licencias obligatorias permite la patentabilidad de las invenciones; se beneficia la industria química y farmacéutica al no quedar sometida a los países tecnológicamente más avanzados, en el caso de que las empresas extranjeras soliciten patentes con el único fin de bloquear y monopolizar el mercado, y se beneficia el interés de la generalidad ya que, mediante este tipo de licencia, se elimina cualquier monopolio perjudicial del producto.

IV. En cuanto a la regulación de este tipo especial de licencia obligatoria en el Anteproyecto Oficial, el ponente señaló que en el mismo no se encuentra una regulación independiente de dichas licencias, regulándose conjuntamente con otras patentes de importancia vital.

En cuanto al sistema que el Anteproyecto sigue en punto a la concesión de las mismas, continuó, puede ser calificado como un sistema de solicitud restringida, dado que existen unos requisitos previos a la solicitud de la licencia.

Señaló a continuación el doctor Gómez Segade que la regulación del Anteproyecto en orden a este punto presenta una serie de objeciones, entre las cuales cabe destacarse:

- a) la falta de regulación autónoma;
- b) la concesión de un plazo mínimo para justificar la explota-

ción, cuando en este tipo de licencias, como ya se expuso, la mayor o menor explotación es irrelevante frente a las razones de interés público;

c) el hecho de que en esta materia no tengan audiencia las autoridades sanitarias; y

d) el hecho de no marcar unas pautas —a ejemplo de la Ley francesa— que determinen los motivos que dan lugar al sometimiento de una patente a a este tipo de licencias.

Concluyó proponiendo un nuevo párrafo que debiera añadirse al artículo 162 del Anteproyecto, que regula esta materia, en el cual se tuvieran en cuenta todas estas objeciones.

Problema del mayor interés en materia de licencias obligatorias —señaló el ponente— es el relativo a la fijación del canon o regalía. Este será un punto en el que el Estado desearía que las partes llegasen a un acuerdo; por ello el Anteproyecto señala que, únicamente en el supuesto de que las partes no se pongan de acuerdo, el canon o regalía será fijado por la Comisión de Licencias. En cuanto a la forma de fijación del canon, señaló que un sistema de pago de cantidades sucesivas y variables es más ventajoso para los titulares de patentes que estén sometidas a grandes fluctuaciones de valor, que un sistema de pago de un tanto alzado. Y en este sentido se manifiesta el Anteproyecto.

Concluyó el ponente señalando las características de la licencia obligatoria. En este sentido señaló las siguientes:

a) La licencia obligatoria no puede ser exclusiva, ya que sería absurdo sustraer al titular de la patente el monopolio para concedérselo al licenciatarario.

b) La licencia obligatoria no otorga al licenciatarario la facultad de conceder sublicencias, ya que se concede para que el licenciatarario explote la invención industrialmente y de manera directa.

c) La licencia obligatoria sólo puede ser transmitida en unión de la empresa o parte de la empresa que la explote, ya que no es un contrato "intuitu personae", sino que se concede por las cualidades de la empresa de que es titular el licenciatarario.

d) La licencia obligatoria se extiende, no sólo a la patente principal, sino también a las adiciones a las patentes.

e) La licencia obligatoria no autoriza al licenciatarario a importar el objeto de la patente, ya que entonces no se fomentaría el desarrollo industrial del país. Esta regla, sin embargo, encuentra una excepción en el caso de las patentes de importancia vital.

V. En definitiva —terminó el doctor Gómez Segade— el Anteproyecto contiene una amplia, extensa y, en conjunto, acertada regulación de la materia relativa a las licencias obligatorias. Regulación que hay que valorar positivamente ya que, como señalaba al principio, viene a atenuar los riesgos que engendra la extensión de la protección de la patente al producto directamente obtenido por el procedimiento patentado.

JUAN J. GÓMEZ FONTECHA: *Las licencias contractuales de patente y la industria farmacéutica española.*

Ya en ponencias anteriores, especialmente en las del Profesor Vian y el señor Morros, se había puesto de manifiesto la gran dependencia tecnológica del extranjero que padece nuestro país. La balanza de patentes farmacéuticas —aun cuando no se posean datos precisos— no hace sino confirmar esta opinión. Si se tiene en cuenta, como señaló el ponente, que las relaciones entre el titular de la patente y la empresa española explotadora suelen articularse mediante contratos de licencia, la importancia del tema que desarrolló el doctor Gómez-Fontecha es manifiesta.

Para la exposición de su estudio, el doctor Gómez-Fontecha lo dividió en cuatro apartados:

En una primera parte, eminentemente introductoria, trató de la importancia del tema.

En segundo lugar se refirió al origen de las licencias: el contrato de licencia.

En tercer término, pasó a exponer los caracteres del contrato de licencia sobre invenciones farmacéuticas: internacionalidad, atipicidad y voluntariedad, y

Por último, concluyó condensando en seis reglas la problemática del contrato de licencia de patente farmacéutica en España.

I. Comenzó el ponente señalando que, según las estadísticas publicadas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (de aquí en adelante: O. M. P. I.) de las patentes solicitadas en nuestro país durante el año 1970, el setenta y cuatro por ciento de las mismas lo fueron por súbditos extranjeros. Y resaltó, además, cómo lo sucedido durante el año 1970 no es “un fenómeno aislado en el tiempo, sino el último paso de un proceso de desequilibrio de nuestra balanza de patentes que viene de tiempo atrás y que, seguramente, por todos los indicios, ha de continuar no sabemos hasta cuándo”.

Si se considera, por otra parte, que la explotación de la patente registrada no es únicamente un derecho del titular de la misma sino también una obligación legal, debe de concluirse con el doctor Gómez-Fontecha que el medio por el cual ha de instrumentarse la explotación en nuestro país de estas licencias foráneas gozará de enorme proliferación y, por ende, su problemática será del mayor interés dentro del marco de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas cara a una próxima reforma de nuestro Derecho de Patentes.

Efectivamente, cuando la empresa explotadora de una patente extranjera carece de filial en España —caso el más frecuente— la explotación de la misma se lleva a cabo mediante convenios de licencia concertados con empresas independientes del interior.

II. Centrado el tema y puesta de relieve su importancia, el ponente pasó a exponer cuál era el origen de las licencias de patente.

Y señaló en este sentido que no existía en el Derecho de Patentes otra posibilidad de dar nacimiento a una licencia que mediante un contrato. Efectivamente, la figura del contrato es la única capaz de hacer nacer una licencia. Tan es así que, incluso las licencias denominadas obligatorias nacen por vía de contrato, aún cuando en la génesis del mismo haya un elemento de compulsión que haga que este contrato deba realizarse obligatoriamente, si no se quiere dejar caducar la patente.

En relación con el tema de las licencias obligatorias, señaló el ponente que, de cara al menos a una mayor claridad en la exposición, cabría denominar a este tipo de licencias como “contrato forzoso”, frente a los “contratos voluntarios” que serían las licencias contractuales.

III. En cuanto a las características que presenta el contrato de licencia de patente farmacéutica, el doctor Gómez-Fontecha distinguió los tres siguientes:

a) *Carácter internacional.* En efecto, el contrato de licencia en nuestro país suele revestir carácter internacional: la gran mayoría de las patentes que, mediante el contrato de licencia, se pasan a explotar por empresas españolas pertenecen a súbditos extranjeros. Ello, especialmente, en cuanto a que la patente extranjera —sobre todo la que ha sufrido un examen previo de novedad— ofrece muchas mayores garantías que las patentes españolas.

Este carácter internacional de la gran mayoría de los contratos de licencia de patentes farmacéuticas va no sólo a condicionar fuertemente su contenido, sino a plantear problemas en cuanto a los ordenamientos aplicables y las jurisdicciones competentes. La determinación de estos dos extremos depende del lugar de celebración (que puede ser, indistintamente el país del licenciante o el del licenciataria) y dadas las dificultades que plantea llegar a un acuerdo sobre los mismos, los contratos de licencias suelen normalmente incorporar una cláusula de arbitraje. Cláusula que, al mismo tiempo, mantiene el secreto de los conflictos y crea la apariencia de que las relaciones de licencia se desarrollan con toda normalidad, cuando muchas veces en la práctica sucede todo lo contrario.

La nota de internacionalidad de las licencias produce, a su vez, el efecto de originar una elevación del grado de nacionalización de las sublicencias. Figura ésta de uso no muy generalizado, pero presente, sin duda, en el tráfico de tecnología (es la situación característica de los “holdings”, compañías internacionales, etc.). En este sentido, señaló el ponente, que, aun cuando lo normal es que los contratos de licencia se otorguen “*intuiti personae*”, es decir, con la obligación de explotar la patente por la empresa licenciataria y con una cláusula de prohibición de sublicencias, lo cierto es que estas prohibiciones suelen ser removibles, como lo demuestra en la práctica el hecho de que estas cláusulas de prohibición se pacten frecuentemente con reserva de autorización.

b) Caracter atípico. En nuestro ordenamiento legal esta atipicidad se pone de manifiesto en cuanto el E. P. I. no contiene ningún precepto relativo al contrato de licencia, aún cuando en algunos de sus preceptos emplee el término *licencia*.

Sin embargo, continuó el ponente, no debe extrañar este silencio de nuestro E. P. I. en cuanto al contrato de licencia, ya que no supone un fenómeno aislado dentro del Derecho universal de Patentes, sino un exponente más de una larga tradición de desentendimiento por parte del legislador de esta figura. La razón de este continuo olvido podría encontrarse, a juicio del doctor Gómez-Fontecha, en la concepción del contrato de licencia como una simple variedad del contrato de arrendamiento. Actualmente, sin embargo, la doctrina moderna considera al contrato de licencia como un contrato *sui generis*, necesitado de regulación propia, especialmente en aquellos ordenamientos cuyo Derecho común se muestra insuficiente para permitir a los contratantes unos esquemas dentro de los cuales conformar sus declaraciones de voluntad y a los cuales poder acudir en defecto de las mismas.

En este sentido se manifestó el O. M. P. I. al elaborar la "Ley-tipo sobre invenciones para los países en desarrollo". Una sección de esta Ley está dedicada a la regulación de las licencias contractuales. Y, por lo que afecta a nuestro Derecho, en este mismo sentido se ha pronunciado la Comisión del Instituto de Estudios Políticos en el Anteproyecto de Ley de Patentes que elaboró en su día, así como la Comisión Oficial para la Reforma del E. P. I. en el Anteproyecto que, en la actualidad, tiene mayores probabilidades de pasar al órgano legislativo para su aprobación.

En conclusión —afirmó el ponente— puede decirse que el contrato de licencia está a punto de convertirse en un contrato típico, regulado por la Ley.

c) Carácter voluntario. Es cierto que el titular de una patente puede verse impelido en ciertos momentos (ante la puesta en práctica de la patente registrada) y por temor a la pérdida de sus derechos (por la caducidad de la patente) a conceder una licencia, y, por tanto, a celebrar un contrato de licencia. Pero no lo es menos que esta suerte de coerción no opera en el contenido del contrato.

Ahora bien, este principio de autonomía de la voluntad que preside el contrato de licencia, en principio —como preside la gran mayoría de los contratos— encuentra una serie de limitaciones en su desarrollo como consecuencia "de la concentración capitalista y de la expansión del orden público económico". Efectivamente, la concentración capitalista, al dotar a las grandes empresas de un enorme poderío económico —señaló el ponente— ha roto todo equilibrio en el mecanismo de la formación de los contratos y han reducido la autonomía de la voluntad del licenciataria a la única disyuntiva de someterse o dejar de hacerlo al contrato de licencia de que se trate.

Por otra parte, el orden público económico también ha contri-

buido a recortar esa autonomía de la voluntad en aras de una sana competencia y de la protección de los intereses económicos generales del país. En este sentido el Anteproyecto Oficial de Ley de Patentes, caso de ser aprobado por el órgano legislativo, establecería una prohibición de “las cláusulas contractuales que impongan al licenciatario limitaciones en el plano industrial o comercial que no deriven de los derechos conferidos por la patente y que excedan por ello de su contenido”. Y prevé la intervención de la Administración y la nulidad de los contratos en el caso de existencia de “cualquier motivo especial que pueda afectar sensiblemente a las necesidades del país”.

IV. Para terminar su exposición, el doctor Gómez-Fontecha expuso en seis sucintas reglas la problemática del contrato de licencia de patente farmacéutica en España.

Primera regla: El objeto de la licencia de patente farmacéutica no se limita al derecho de explotación de una patente sino que también comprende, por lo general, un derecho de instrucción y un derecho de monopolio.

Y señaló a este respecto que este derecho a la instrucción por parte del licenciante que tiene el licenciatario cobra algunas veces tal relevancia en el contexto de los contratos, que en determinados casos lleva a pensar si no se tratará, en realidad, de un contrato mixto de licencia, *Know-how* y asistencia técnica.

Segunda regla: Las facultades que la licencia farmacéutica atribuye al licenciatario difieren de las que la patente atribuye a su titular.

En efecto, mientras el titular de un derecho de patente puede utilizar el objeto de la misma sin más limitaciones que las contenidas en la Ley, el licenciatario se encuentra, además, constreñido en el ejercicio de su derecho por otro tipo de restricciones que derivan del propio contrato de licencia y que, normalmente, hacen referencia a la calidad de los productos y al volumen de producción.

Esta limitación del volumen del derecho de licencia frente al del derecho de patente ha suscitado el problema de la validez de los contratos a la luz del régimen legal contra las prácticas restrictivas de la competencia. Problemática que recoge el Anteproyecto Oficial de Ley de Patentes.

Tercera regla: Las facultades del empresario farmacéutico son alteradas por los contratos de licencia.

Normalmente los contratos de licencia de patente farmacéutica suelen estipular cláusulas que limitan aún más el cuadro de facultades del licenciatario. En esencia estas cláusulas son tres: la facultad de exportar los productos obtenidos por el procedimiento patentado, la facultad de elegir sus proveedores y la facultad de dedicarse a otras actividades similares.

En cuanto a la primera de estas limitaciones —prohibición de exportación—, aún cuando la facultad de exportar los productos fabricados bajo licencia es propia de todo licenciatario, lo cierto es que los grandes laboratorios farmacéuticos utilizan los contratos de

licencia como instrumentos para organizar el mercado a escala internacional, estableciendo prohibiciones de importación a todos y cada uno de los licenciarios. Cláusulas que en nuestro Derecho caen dentro de la figura del abuso de posición dominante y, por tanto, deben ser consideradas nulas según la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia (de aquí en adelante L. P. R.).

También la facultad de elegir proveedores, propia de todo licenciario, es frecuentemente limitada en los contratos de licencia.

Por último, los contratos de licencia suelen contener cláusulas de no concurrencia que limitan la facultad del licenciario de dedicarse a la fabricación y venta de otros productos. Cláusulas que, igualmente, caen dentro del ámbito de la L. P. R.

Cuarta regla: Las garantías que protegen la explotación del licenciario se debilitan por la irresponsabilidad del licenciante.

En esta regla aborda el doctor Gómez-Fontecha, concretamente, las garantías frente a las perturbaciones de puro hecho (usurpación) y frente a las perturbaciones de derecho (anulación de la patente).

En lo que afecta a la primera de estas perturbaciones, la doctrina más extendida entiende que la usurpación se comete frente al licenciante y no frente al licenciario. Y, en consecuencia, niegan a este último la legitimación procesal activa para oponerse a la misma. Ello no obstante, nuestro Proyecto Oficial admite la legitimación del licenciario frente a los usurpadores, aun cuando lo haga con carácter facultativo y subsidiario.

Las garantías del licenciario, sin embargo, disminuyen notablemente en el supuesto de perturbaciones de derecho: la acción de nulidad de la patente intentada con éxito lleva aparejada consigo la nulidad, con carácter retroactivo, de los contratos celebrados sobre ella con anterioridad. En este sentido, en líneas generales, se manifiesta el Anteproyecto Oficial al establecer que el licenciante no responde (en caso de nulidad de la patente) sino en los casos de haber mediado pacto en contrario o mala fe.

Quinta regla: El precio de las licencias farmacéuticas se configura como un impuesto de producto.

La generalidad de los contratos de licencia establecen como fórmula de pago el canon periódico variable, que se presenta con una estructura en cierto modo análoga a la de un impuesto: con todo un sistema de tipos, bases, comprobaciones y liquidaciones. Tipos y bases que, del mismo modo que en los impuestos, son utilizados por los licenciarios para imprimir una determinada orientación a la explotación intensiva, abstención de concurrencia, circunscripción a un determinado mercado, etc.

Sexta regla: La obligación de intercambiar las nuevas invenciones contribuye a perpetuar la situación de dependencia de los licenciarios de patentes farmacéuticas.

Los perfeccionamientos del licenciante se incorporan al contrato de licencia sin recargo alguno y en las mismas condiciones que la:

patente principal. Pero, dado que la mayoría de los perfeccionamientos constituyen invenciones autónomas, protegidas por patentes independientes, la íntegra incorporación en los límites temporales del contrato de licencia de estos perfeccionamientos se hace imposible. Es preciso, entonces, prorrogar el contrato de licencia. Con lo cual la situación de dependencia tecnológica del licenciatario se torna perpetua. Sobre todo si tenemos presente que la posible actividad inventiva del licenciatario se somete a un régimen, por medio de los contratos de licencia, que calificó el ponente de "expropiatorio": obligación de renuncia a favor de los licenciantes y disposición de las mismas como si de propias se tratase.

Todo ello, concluyó el doctor Gómez-Fontecha, sin perseguir otro fin que el mantenimiento de la dependencia tecnológica. El círculo vicioso de la pobreza de que hablaba el señor Morros en su ponencia, encuentra una nueva manifestación en el campo de las licencias contractuales.

IV. DATOS ECONOMICO-EMPRESARIALES DEL PROBLEMA

ALFREDO LÓPEZ-VIVIE: *Aspectos económicos vinculados a la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas.*

El señor López-Vivié, después de poner de relieve la polémica que encierra el tema de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas, expresó su propósito de contemplar el tema desde tres vertientes distintas:

1. La situación económica de España en el concierto internacional y en comparación con otras naciones;
2. Las posibles influencias que un régimen de patente de producto pudiera tener en el precio de los medicamentos, y
3. Los distintos criterios que mantienen los laboratorios farmacéuticos ante este problema de capital importancia para todas las empresas.

I. Para definir la situación económica de nuestro país, el señor López-Vivié se ciñó a las frías cifras que, como ningún otro criterio, permiten conocer la exacta posición de nuestro país en el concierto económico internacional.

De este modo señaló que, con base en cifras oficiales de las Naciones Unidas, el producto industrial bruto era en España de 719 dólares *per cápita*, mientras que en Italia alcanzaba los 1.257, en Bélgica 1.882, en Francia 2.189 y en Estados Unidos los 3.960. Lo cual llevaba a la lógica conclusión de que no existía fundamento alguno para considerar a España como uno de los países más avanzados desde el punto de vista industrial.

Entrando ya en el terreno de la tecnología, utilizó tres indicadores para conocer la situación de España en relación con otros países:

a) El origen nacional de las innovaciones importantes. De las 110 innovaciones más importantes realizadas en los últimos años (a nivel computadores electrónicos, comunicaciones por satélite, etc.), el 85 por 100 de las mismas tuvieron su origen exclusivamente en Norteamérica, Gran Bretaña y Alemania. En España, por supuesto, ninguna.

En el caso concreto de los nuevos productos farmacéuticos —como ya había señalado el señor Morros— también fueron las empresas norteamericanas, suizas y alemanas las que aportaron el 76 por 100 de los mismos. Sin que nuestro país figurase tampoco en la estadística mundial.

b) Los ingresos producidos por la explotación de patentes. Teniendo en cuenta que en materia de balanza de patentes tan sólo existen dos naciones que tengan superávit (Estados Unidos y Gran Bretaña), el déficit que presenta España es considerable, correspondiendo unos 200 millones de pesetas, aproximadamente, de ese déficit al sector farmacéutico.

c) La concesión de licencias de fabricación y transferencia de conocimientos prácticos.

En conclusión, afirmó el señor López-Vivié, parece que es clara nuestra absoluta dependencia del exterior, tanto en cuanto a avance tecnológico como a abastecimiento de materias primas.

En cuanto a la estructura y características de la Industria Farmacéutica española, señaló el ponente cómo en el año 1963 estaban establecidos en nuestro país 1.085 laboratorios. Mientras en el año 1971 este número se redujo a 590 empresas. Reducción que —y esto es lo verdaderamente importante— no se debió a un proceso de concentración de empresas, sino al cese de actividades de un elevado número de las mismas.

Atendiendo a otro criterio, el número de personas empleado en cada empresa, señaló el señor López-Vivié que solamente cuatro laboratorios tienen más de 500 trabajadores, mientras la gran mayoría (el 92 por 100) cuentan con un número inferior a 10.

Los laboratorios, por otra parte, alcanzaron el año 1971 una cifra de negocios de 58.700 millones de pesetas, de la cual el 85 por 100 fue absorbido por 100 laboratorios (el 71 por 100 extranjeros).

I. A continuación el señor López-Vivié pasó a exponer cómo se forma el precio de una especialidad farmacéutica. La exposición la realizó a la luz de la circular de régimen interno de la Dirección General de Sanidad de abril de 1965, que regula la confección del escandallo que es preceptivo acompañar a toda solicitud de registro de una especialidad. Dicho escandallo está integrado por las siguientes partidas: material de acondicionamiento y envasado (que se fija de acuerdo con unas tablas de valores oficialmente aprobadas); mano de obra (que se fija de igual forma); gastos generales (que se calculan mediante la aplicación de una escala de coeficientes fijada de manera oficial); beneficio industrial (fijado de forma invariable en

un 15 por 100) y materias primas (única partida que no aparece tabulada en las normas de precios y que se valora teniendo en cuenta diversos factores: su procedencia nacional o extranjera, su posibilidad de corregir la riqueza al 100 por 100, los gastos de transporte y aduana, etc.).

Dado que el valor de la materia prima empleada es el único elemento variable de todos los que integran el escandallo de una especialidad farmacéutica, puede concluirse —señaló el ponente— que a mayor precio de la materia prima, mayor precio de la especialidad. Y, yendo al objeto concreto de la ponencia, si en España se dicta una legislación de patentes que dificulte el abastecimiento de materias primas en los mercados de libre competencia, será inevitable un incremento en los precios de las medicinas.

Se preguntó el señor López-Vivié: ¿Admitirá este incremento la Dirección General de Sanidad? ¿Lo admitirá la Seguridad Social que en el año de 1971 superó con mucho los veinte mil millones de pesetas en consumo de productos farmacéuticos?

En cuanto a la Dirección General de Sanidad, el ponente señaló que en la misma funciona la Junta de Valoraciones y Asesora de márgenes de Farmacia que tiene como funciones la determinación del valor de las materias primas que entran en la fórmula de las especialidades, la fijación del escandallo y la fijación del precio unitario de todas las especialidades farmacéuticas que se presentan a registro. Esta Junta tiene una preocupación política y social muy importante, lo que le lleva a aquilatar al céntimo la valoración de cada sustancia que entre a formar parte de la composición de una determinada especialidad. De tal modo, señaló el ponente, que si alguna materia prima tiene cotización conocida en el mercado mundial más baja que la presentada por el laboratorio, es aquélla la única que admite dicha Junta.

En cuanto a la Seguridad Social, en base a la cifra de gastos en medicamentos que actualmente tiene, no parece muy arriesgado sostener que miraría con auténtico recelo cualquier incremento en los mismos.

III. En la tercera parte de su exposición el señor López-Vivié examinó la postura de los industriales farmacéuticos como sujetos directamente interesados en el tema.

Para una mayor claridad distinguió dos grupos de industrias:

a) Aquellas grandes empresas de ámbito supranacional con tradición y medios investigadores suficientemente amplios, que les permiten disponer de abundante tecnología y una importante cartera de patentes, y

b) Aquellas otras industrias de ámbito puramente nacional, y hasta regional o local, que por falta de medios no han podido iniciar el camino de la investigación.

La actitud de estos dos grupos de empresas ante el problema de la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas es totalmente

opuesto. Efectivamente, el coste de la investigación es enorme (de acuerdo con estadísticas americanas del año 1954, el coste medio por producto nuevo obtenido en ese año fue de casi seis millones de dólares). No obstante, esta investigación es imprescindible, tanto para la mejora del nivel sanitario de la humanidad, cuanto para el aumento de los beneficios de las empresas farmacéuticas. Los fondos sólo pueden obtenerse de la comercialización de los productos obtenidos gracias a esta actividad. Luego, son las grandes empresas las únicas que pueden llevar a cabo tareas de investigación.

Una prueba de que todo esto es cierto —expuso el ponente— la tenemos en la actitud de las empresas que vienen a invertir a nuestro país. De acuerdo con la legislación vigente, las inversiones de capital extranjero superiores al 50 por 100 deben aceptar el cumplimiento de alguno de estos requisitos: exportar un determinado porcentaje de su producción, realizar labores de investigación o utilizar un determinado porcentaje de materias primas fabricadas en España. Las empresas prefieren aceptar cualquiera de estos requisitos excepto la realización de labores de investigación, ya que lo que necesitan estas empresas es un mercado que amplíe sus posibilidades de amortización de los gastos de investigación que tienen en la casa central.

Por lo que afecta a las empresas de ámbito puramente nacional, comenzó el ponente por destacar el escaso ambiente que hasta hace muy poco ha tenido la investigación en España, la falta de personal dedicado a la misma, el tamaño de las empresas y la escasa participación del Estado en el desarrollo de la investigación. Ante una situación como ésta —concluyó— fácil resulta comprender los grandes inconvenientes que la industria nacional encuentra para la investigación. No obstante, no se puede decir que el futuro se nos presente totalmente desalentador.

En nuestro país existen hoy empresas con capital totalmente autóctono que dedican a la investigación hasta un 8,5 de sus ventas. Es una investigación aplicada, a la cual no le será nada fácil llegar al descubrimiento de nuevos productos de base pero que, como señalaba el profesor Vian, trabajando en grupos de medicamentos ya descritos con anterioridad puede lograr mejoras interesantes.

De acuerdo con todo lo expuesto, el señor López-Vivié terminó su ponencia estableciendo tres conclusiones:

1. Será necesario acometer un estudio profundo y realista del exacto nivel de desarrollo de España para dictar una legislación de patentes adecuada a la actual situación de nuestro país.

2. La nueva legislación de patentes ha de partir del principio de que la industria española pueda disponer de la materia prima necesaria a precios racionales de mercado, que le permitan desarrollar una investigación adecuada en un plazo de tiempo suficiente para alcanzar un desarrollo tecnológico similar al de los países desarrollados, y

3. Por último, una vez logrado este nivel, habrá que modificar nuevamente la legislación de patentes para adecuarla a la de los países más desarrollados industrialmente. En otras palabras, estableciendo la patente de producto o bien la patente de procedimiento *reforzada* y con previo examen.

V. CLAUSURA

Terminada la ponencia del señor López-Vivié y el coloquio que siguió a la misma, pronunció unas palabras el profesor Bercovitz, organizador de estos Coloquios, en las cuales puso de manifiesto cómo a lo largo de los tres días de celebración de los mismos se habían abordado los problemas relacionados con la patentabilidad de las invenciones farmacéuticas con gran objetividad —como corresponde al espíritu universitario que presidió la organización de los Coloquios— y con una gran amplitud de visiones, dado que las ponencias de los mismos habían sido desarrolladas por juristas, por economistas y por investigadores científico-técnicos.

También puso de manifiesto cómo a los Coloquios habían asistido personas procedentes de varios campos (hombres de empresa, abogados, asesores jurídicos, científicos y universitarios), que habían dado a los mismos una gran riqueza en los diálogos y una gran diversidad de enfoques en el planteamiento de los problemas.

Terminadas las palabras del profesor Bercovitz, el excelentísimo señor Rector Magnífico de la Universidad de Salamanca, profesor don Felipe Lucena, declaró clausurados los Coloquios.

Estatuto personal y patrimonial de los cónyuges en Cataluña

LUIS FIGA FAURA

Notario

El Derecho no es un fenómeno simple que puede ser explicado geoméricamente como el desarrollo de unos cuantos —pocos o muchos— principios fundamentales; ciertamente, *non omnium quæ a maioribus constituta sont, ratio raddi potest*; pero esto no quiere decir que tengamos que admitir el Derecho vigente como un dato indiscutible ni que la tradición tenga que ser el único fundamento de su legitimidad. Han pasado los tiempos en que el Derecho era una cosa sagrada e intocable; la norma jurídica quiere una constante interpretación y reinterpretación y, en determinados momentos, puede exigir una mejora y una más perfecta adecuación a unas circunstancias sociales cambiantes.

Si es cierto que no siempre se pueden hallar razones de lo que fue establecido por nuestros antepasados, esta circunstancia no es suficiente a excusar el intento. Ante un precepto que no tiene otra fuerza que la de su antigüedad no se puede hacer otra cosa que someterse a él; pero si encontramos su fundamento y sus razones podremos llegar a saber si este fundamento y estas razones son válidas hoy; si han sufrido algún cambio, si puede ser justificada una determinada interpretación o si se puede preconizar una determinada modificación.

Son demasiado frecuentes, en las legislaciones actuales de todos los países, los preceptos que sin ninguna razón de orden público que lo justifique chocan con lo que el rey Jaime llamaba la *raó natural*, para que podamos ahorrarnos el trabajo de buscar su fundamento actual o pretérito. La sentencia de Neracio, según el cual *rationes eorum quæ constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his quæ certa sunt, subvertuntur*, no vale para los momentos actuales; creemos precisamente lo contrario; y esta *inquisitio* solamente puede intentarse teniendo en cuenta que los preceptos jurídicos no son normas aisladas, sino aspectos parciales de realidades más amplias y estudiando la realidad social de la que forman parte, considerando su paulatina modificación a lo largo de los tiempos. Lo cual supone un trabajo de justificación histórica emprendido, no *ad ostentationem tantum*, sino con una finalidad estrictamente utilitaria: la de encontrar la *ratio legis* de un precepto o de un conjunto de preceptos; *ratio legis* que no hace referencia sólo a la solución

que entre todas las soluciones posibles el precepto adopta, sino a la *ocasio* de su nacimiento y a la estructura social a la cual inconscientemente se refiere por la sencilla razón de que él mismo forma parte de ella.

Tratándose de nuestro Derecho, existe otra razón de peso que hay que tener en cuenta desde el principio: el párrafo segundo del artículo primero de la Compilación de Derecho civil especial para Cataluña ordena que para interpretar sus preceptos sea tenida en cuenta “la tradición jurídica catalana encarnada en sus antiguas leyes, costumbres y doctrinas de los cuales aquellos derivan”. Este precepto no sólo permite sino que obliga al estudio histórico de nuestras instituciones como etapa previa a toda honesta interpretación de los artículos de la Compilación —y, hay que decirlo, de muchos artículos del Código civil que rigen en Cataluña como si fueran Derecho supletorio cuando, en realidad, esconden normas de Derecho catalán y plantean el divertido problema de la *homonymia jurídica*.

En el estudio del estatuto personal-patrimonial de marido y mujer nuestra tarea se verá dificultada por dos razones: la primera es que la división del Derecho en diversas ramas —entre ellas el Derecho matrimonial y el Derecho sucesorio— si por un lado tiene un fundamento pedagógico muy justificado, rompe por el otro una realidad continua e inseparable; y con esto queremos decir que el Derecho matrimonial y el Derecho sucesorio son, en algunos aspectos, una misma cosa de difícil división y que, en consecuencia, no podemos hablar de uno sin hablar del otro.

La segunda es que dentro del Derecho matrimonial se encuentra un aspecto importante que se plantea, inicialmente, fuera de esta rama del Derecho: el estatuto de la mujer, casada o no. Averiguar si el trato jurídico que la mujer casada recibe en nuestro Derecho se debe a que es *casada* o, sencillamente, al hecho de ser *mujer*, complica bastante las cosas y es circunstancia que no se puede perder de vista en ningún momento.

Para empezar tenemos que referirnos a una cosa aparentemente muy alejada del tema de la ponencia: la consideración y el estatuto social y jurídico del *trabajo* como medio de subsistencia; y hay que considerar este tema por la sencilla razón de que se trata de algo que se encuentra en el núcleo de todos los ordenamientos jurídicos occidentales nacidos y desarrollados antes de nuestro siglo. El trabajo, desde la antigüedad hasta hace poco, ha sido considerado como algo propio de esclavos y siervos: el trabajo —si es un medio de subsistencia— envilece. No es necesario, ya que es algo bien sabido y repetido, invocar textos jurídicos, filosóficos y literarios procedentes de todas las épocas y de todos los países. El Cristianismo, que tiene como elemento esencial la dignificación del trabajo y por el trabajo, no pudo luchar contra un convecimiento tan universalmente enraizado como es el del desprecio del trabajo y del hombre que tiene que trabajar para poder subsistir. Es preciso llegar a finales del Renacimiento y a la época contemporánea para encontrar algo,

hasta cierto punto, diferente: el trabajo llega a ser considerado y reverenciado como una virtud, pero nunca llega a ser una cosa prestigiosa. No es necesario hablar más sobre este punto porque creemos que se trata de algo sólidamente establecido.

Jurídicamente, este desprecio del trabajo tiene una consecuencia importante: se supone que solamente hay una fuente de ingresos digna de ser regulada jurídicamente: el patrimonio productor de rentas. Si las cosas son así, este patrimonio se convierte en la preocupación máxima de sus titulares y el ordenamiento jurídico.

Es necesario convencerse de que los hechos mencionados no son una mera curiosidad histórica; son hechos que se encuentran en la raíz de las sociedades occidentales y, por tanto, de todos los ordenamientos jurídicos, desde la Ley de las Doce Tablas hasta los Códigos que están inspirados en el de Napoleón —entre otros, el español de 1889—. El Código napoleónico remata la aniquilación del sistema señorial; pero sus efectos sociales, y muy particularmente la ascensión de las clases que trabajan a sueldo, no se produce hasta un siglo más tarde. Esto quiere decir que todos o casi todos los ordenamientos jurídicos europeos —y no digamos el nuestro, tan enraizado en sus antecedentes históricos— rezuman aquella visión de las cosas: del trabajo como cosa despreciable e indigna de la atención del legislador —y de los juristas— y del patrimonio como único medio decoroso de subsistencia.

A la estimación social explicada se añade otro factor: la inseguridad económica consustancial con las épocas pasadas y la insuficiencia o rareza de medios de producción. Vivir del propio trabajo es siempre cosa incierta y aleatoria. Sólo la posesión bien asegurada de bienes de producción —y el único bien de producción fue, durante muchos siglos, la tierra— es garantía para el futuro, propio y de la propia descendencia.

Las leyes antiguas sólo pueden ser entendidas teniendo en cuenta que hablan de patrimonios y de hacendados, nunca de trabajadores; porque el trabajo, si es a sueldo, no llega, hasta nuestro siglo, más que a cubrir las más elementales necesidades vitales —en el mejor de los casos; el trabajo a sueldo permite la subsistencia, pero no la acumulación.

El patrimonio, como objeto del Derecho civil, se caracteriza por las siguientes notas:

Primera: se trata de un patrimonio inmueble y, en su parte más importante, agrícola; la tierra es la única fuente de rendimientos. El comercio tarda mucho en ser considerado socialmente decente; se tendrá que llegar al siglo XIV para que, con el movimiento municipalista, se dé beligerancia a las actividades mercantiles; con todo, la tierra será durante muchos siglos el elemento seguro, inmutable y prestigioso; en este hecho es preciso ver el origen del tratamiento diferente que jurídicamente tienen los bienes inmuebles frente a los muebles.

Segunda: se trata de un conjunto de bienes pertenecientes a una familia —a una stirpe— que se transmite por herencia. Su

conservación, su aumento y su transmisión a los hijos son las principales preocupaciones de cada anillo de la cadena de titulares.

Tercera: si el patrimonio pertenece a una estirpe, el peor peligro se encuentra en la posibilidad de que salga de ella. Es natural que a falta de hijos pase a los padres, a los hermanos y hasta a colaterales mucho más alejados.

Cuarta: el patrimonio entendido así, al encontrarse con el hecho del matrimonio de su titular plantea un problema de difícil solución: cómo asegurar la existencia de la mujer en caso de disolución del matrimonio, y muy especialmente de viudedad, evitando, al mismo tiempo, el peligro de que el patrimonio familiar pase a la familia de la mujer.

Estas cuatro notas se encuentran en todos los ordenamientos civiles: tanto en Roma como en los países germánicos; tanto en las leyes visigóticas como en los sistemas medievales —como el nuestro— y en los Códigos del siglo pasado. En todos ellos se encuentra el especial —y hoy injustificado— estatuto de los bienes inmuebles; la administración de patrimonios —del menor, del sujeto a tutela, de las personas morales, de la mujer— como pieza esencial; la sucesión intestada de carácter marcadamente troncal con la preferencia de los colaterales lejanos sobre la viuda; y los capítulos matrimoniales como ley constitucional patrimonial del matrimonio, dirigida, principalmente, a resolver el problema de aquella.

Por tanto, no nos hallamos ante ninguna especial peculiaridad de nuestro derecho. El Derecho Catalán choca con las mismas realidades sociales que los demás derechos contemporáneos suyos —y que muchos otros Derechos posteriores— y es, como ellos, un Derecho de hacendados. La especialidad de nuestro Derecho se encuentra en la particular manera de resolver los problemas dados y en la particular evolución que, a lo largo de los siglos, siguen aquellas realidades sociales y, de rechazo, estas soluciones jurídicas.

Esta constatación nos permite dar otro paso en la aproximación al Derecho Catalán que nos hemos propuesto. ¿Cuáles son las particulares realidades sociales de nuestra tierra? Creemos que las principales son éstas:

A. La derivada del nacimiento y organización social y política de la Cataluña posterior a la invasión musulmana. Los demás reinos peninsulares son independientes; se consideran sucesores de la monarquía visigótica y no deben a nadie su existencia; fuera de Cataluña hay reyes con plenitud de facultades, legitimación y soberanía. En Cataluña, no: se trata de una Marca dividida en condados y los condes deben su nombramiento al rey de los francos y, por lo menos teóricamente, están sometidos a ellos —hasta el año 1258—. Los condes catalanes no tienen título real y, por lo tanto, según la ley gótica, no están legitimados para legislar por su cuenta. Los *Usatges* —y, posteriormente, las *Costumas de Catalunya* y las *Commemoracions de Pere Albert*— son recopilaciones de costumbres que obtienen su reconocimiento legal vistiéndose de costumbres *præter legem* aunque nadie dude de su verdadera condición. (A me-

diados del siglo XII se une a nuestro primer Código el “usatge” *Cum Dominus* donde se quiere justificar legalmente la osadía legislativa que se atribuye a Ramón Berenguer el Viejo y a Almodis.) Durante todo este período se respira el temor a la extralimitación de facultades, el prurito de dar explicaciones, de fundamentar la inevitable actividad legisladora. Quizá no sería demasiado equivocado colocar en esta etapa histórica el origen del convencimiento —aún vigente hoy en Cataluña— de que, sea lo que sea lo que digan las leyes escritas, la costumbre *præter* y *contra legem* y la norma que tiene su origen en el pacto y no en la soberanía prevalecen por la sencilla razón de que son las fuentes primarias y más abundantes del Derecho.

B. Diferenciándose del resto de los reinos peninsulares, los condados catalanes se organizan según el modelo feudal. Si en toda la península la base jurídica se localiza en el *Liber Judiciorum*, el Derecho Catalán superpone a éste un conjunto de normas eminentemente y *estrictamente feudales*. Queremos decir que estas normas *solamente* regulan la relación feudal (“*Costumes de Catalunya entre senyors e vassalls*” es el título exacto de las Conmemoraciones de Pere Albert”) y dejan el resto de la vida jurídica bajo el imperio de la ley gótica y de la costumbre. Este hecho es trascendental por sus consecuencias: cuando el mundo feudal desaparece, no deja otro resto que una normativa jurídica del régimen de la tierra que acabará transformándose en la enfiteusis. El resto del mundo jurídico se rige por unas mismas leyes y unas mismas costumbres: no hay un derecho para los señores y otro derecho para el pueblo, sino unas normas iguales para todos. En Castilla, por ejemplo, la conveniencia o la necesidad de la conservación íntegra de los patrimonios se obtiene por medio de una interpretación forzada del Derecho Romano que lleva, con la sustitución fideicomisaria perpetua, a las vinculaciones y mayorazgos de carácter eminentemente privilegiado y señorial; hay una legislación, favorable a la conservación y acumulación de patrimonios, para los señores, y otra visigótica, favorable al desmenuzamiento patrimonial, para los que no lo son; los resultados, hoy plenamente visibles, tenían que producirse fatalmente. En Cataluña la misma conveniencia o necesidad lleva a una legislación que, si principalmente se adopta pensando en las casas principales, aprovecha por igual a todos los patrimonios, grandes, medianos y pequeños. Esto quiere decir que, después de los años de confusión y de violencia y una vez agotadas las posibilidades económicas de la *aprisio* y de las *razzias*, el patrimonio inmueble —en general, no sólo el patrimonio señorial— adquiere aquí una importancia que no tiene en el resto de la península; y el problema que plantea el matrimonio, en relación con la necesidad de asegurar al mismo tiempo la conservación del patrimonio y la subsistencia de la viuda, si en un primer momento había adoptado la solución gótica —dote del marido—, acaba en el “*Usatge*” *Vidua* que recogerá una costumbre y un convencimiento vigentes hasta hoy mismo.

C. En la vida jurídica de Cataluña hay un hecho esencial que es preciso observar; y es el dominio absoluto del concepto de lo

que hoy llamaríamos *función* por encima y en contraposición a los conceptos de *derecho* y *obligación*. Tanto el cabeza de familia del siglo XII como el actual propietario de un negocio o gerente de una sociedad familiar personalizan la *casa* y le ofrecen el sacrificio de su entera existencia. Ni el padre de familia ni el heredero ni la usufructuaria universal se consideran sujetos privilegiados de derechos, sino titulares sacrificados de funciones. Es curioso el hecho de que el catalán, constitucionalmente incapaz de anonadarse al servicio de ideales abstractos, por grandiosos o sublimes que sean, encuentra tan natural el consagrar su existencia a realidades cercanas y seguramente prosaicas, pero que considera esenciales. Desgraciadamente el Derecho privado Romano, que se encuentra en la raíz del Derecho visigodo y que acaba siendo el Derecho de Cataluña, no conoce la *función* como concepto jurídico. Para el Derecho Romano hay derechos y obligaciones —perfectamente individualizados y clasificados—; y la *función* no puede ser construida, dentro del sistema romano, más que como una suma algebraica de obligaciones y de derechos, con cuya construcción se escapa todo el espíritu de la realidad. El mismo Derecho feudal, sirviéndose de elementos romanos, llega a construir su relación básica como si fuera la suma del *hommagium* y el *beneficium*; algo parecido ha ocurrido, antes y después de la recepción del Derecho Romano, con todas las instituciones fundamentales del Derecho Catalán. La consecuencia ha sido la perpetua inadecuación de la regulación jurídica a la realidad; la necesidad de regulación y de claridad jurídicas —es decir: de conceptualización— nunca ha logrado ser compatible con el respeto a la realidad social. Hoy mismo la lectura de la legislación vigente en Cataluña tiene que ir acompañada de una buena información sociológica a fin de llegar a saber realmente de qué se trata. La imagen que la ley da del heredero, el padre de familia, la mujer casada, el legitimario o de la usufructuaria, prácticamente en nada se parece a la realidad —porque al regular el aspecto más externo distorsiona su contenido esencial: quien ejerce una función no tiene derechos sino *facultades* ni tiene obligaciones sino *deberes* y, por encima de todo, *responsabilidades*. Y esto queda reflejado en el hecho que, a lo largo de los tiempos, será principal característica del Derecho Catalán: la libertad que se concede —porque la necesita y la reclama— a quien es titular de una función. La responsabilidad que toda función entraña merece la plena autonomía de decisión y la reducción al mínimo de limitaciones y normas de conducta. Se reconoce la necesidad de la protección de terceros y del respeto a las razones de orden público; fuera de estas dos causas de limitación y de regulación imperativa, se tiene que entender que el Derecho civil es Derecho privado —no Derecho público—. Esto explica que las intervenciones legislativas hayan sido a lo largo de nuestra historia de carácter eminentemente liberador —liberador de formulismos, de límites, de prohibiciones—; y también explica que el catalán rechace y no entienda la legislación gratuitamente imperativa dictada con el sólo deseo de

unificar prácticas o de evitar hechos que ya tienen su correspondiente remedio jurídico.

Estas son las tres características esenciales de nuestro Derecho. Pero si nuestro trabajo tiene que ser el estudio de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, tendremos que examinarlas a lo largo de nuestra historia jurídica; intentaremos hacerlo dividiendo ésta en tres etapas, separadas por las dos recepciones del Derecho Romano.

EL DERECHO MATRIMONIAL CATALAN ANTERIOR A LA PRIMERA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

Durante esta etapa la única fuente del Derecho es la costumbre. Pero cuando hablamos de "costumbre" no hay que imaginar algo que surge espontáneamente de la nada; toda costumbre viene dirigida por los estamentos letrados y es aceptada —o rechazada— por el convencimiento popular de su justicia —o injusticia—; y aquellos estamentos no inventan nada: generalmente recuerdan y recogen antecedentes y precedentes más o menos alejados y prestigiosos. En Cataluña —como en el resto de España— el Derecho había sido legislado y sistematizado soberanamente en el *Liber Judiciorum*; el hundimiento de la monarquía visigoda y el paso —breve, pero real— de las formas de vida musulmanas habían hecho desaparecer el "Liber" como fuente escrita de Derecho, pero no habían destruido su vigencia social —tan debilitada, con el paso de los años, como se quiera. Por otra parte, no hay que olvidar que la reconquista y repoblación de Cataluña fue conducida por godos refugiados en la Septimania —los *hispani*— y que el Derecho vigente en aquella comarca era, aún, la *Lex Romana Wisigothorum*. El nacimiento —o renacimiento— de Cataluña supone, por tanto, la vigencia de unas costumbres que no hacen más que recordar —muchas veces vagamente— el "Liber" y el "Breviario". Pero este recuerdo no tiene pretensión alguna de exactitud: las circunstancias sociales son totalmente distintas y del Derecho antiguo se recuerda lo que conviene y en la forma que conviene. Por tanto, no se puede hablar de vigencia de la ley goda, sino de una costumbre formada con el recuerdo y adaptada a la nueva situación. Cuando Jaime I prohíbe la alegación de la ley goda y del Derecho común no deroga nada: ni la ley goda ni el Derecho común han tenido nunca vigencia legal en nuestros condados. De esta manera no tienen que extrañar la casi total inexistencia de textos escritos del "Liber" ni la deformación que sus leyes sufren a manos de la costumbre; el Derecho que nace es un Derecho nuevo —sean cuales sean los materiales con que se construye—. Como consecuencia conviene ir con mucho cuidado al intentar encontrar antecedentes de nuestras costumbres medievales; el Derecho visigodo no rige: rige la costumbre de aplicar su recuerdo modificado, debilitado y selectivo.

Por otro lado hay hechos sociales totalmente nuevos. El régimen feudal nace, también, de la costumbre, cuyo origen no se encuentra en la monarquía visigótica, sino en la monarquía franca; y dado que el tipo de relaciones a que se aplica no tiene par en la sociedad ni en las leyes godas, no tiene que extrañar la formación de un cuerpo paralelo de costumbres que nunca llega a fundirse con el que tiene aquella inspiración.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir, es perfectamente natural que las relaciones civiles carezcan de precisión. En el terreno que nos corresponde —el Derecho matrimonial— sería anacrónico hablar de instituciones claramente delimitadas. Una visión de conjunto nos permite ver la existencia de una especie de comunidad familiar aunque, dentro de ella, pueden identificarse ciertos derechos de límites no demasiado precisos. Hay que recordar que en la ley goda se regula la dote del marido, que no puede exceder de la décima parte de los bienes presentes; la comunidad de adquisiciones proporcional a los bienes propios de cada cónyuge; la posibilidad y validez de las donaciones entre marido y mujer una vez pasado el año de matrimonio y el usufructo de la viuda sobre una parte viril de los bienes del marido. Dejemos de lado, porque no pertenece al Derecho estrictamente matrimonial, la legítima de los ocho quinceavos y la sucesión intestada parecida a la del Derecho anterior a Justiniano.

¿Qué queda de todo esto una vez cribado y deformado por la costumbre?

I. *La dote del marido.*—El *Liber* no regulaba otra dote que la del marido, establecía su límite máximo en la décima parte de los bienes presentes del marido —que se suponía godo— y permitía la repetición de aquello que, en contravención a la ley, se hubiese dado de más. En Cataluña, hasta el siglo XII —y excepcionalmente en fechas más avanzadas— no hay otra dote que ésta, tal como ha puesto de relieve Lalinde (*Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 33). A los ejemplos que este autor exhibe puede añadirse la afirmación de que la adquisición o titularidad de bienes por parte de la mujer por razón, la “décima” se encuentra documentada en centenares de documentos; la frase *advenit nobis per comparatione vel per meam decimam* se repite en los documentos de la época una y otra vez. Es difícil, con el estudio de estos documentos, saber exactamente de qué se trata; pero la impresión general que se saca de ello es la siguiente: que la denominación empleada es popular y no tiene pretensiones de exactitud; más bien se trata de un recuerdo lejano de la ley goda, ya que esta décima no se refiere a ninguna porción exacta ni es considerada como límite máximo. Por otro lado, es evidente —y muchas veces consta expresamente— que esta participación de la mujer en los bienes del marido no lo es de bienes presentes al contraerse matrimonio, sino de bienes adquiridos con posterioridad. Es preciso tener en cuenta, también, que la denominación usada es un nombre *que en ningún caso tiene una significación numérica*: la mujer tiene una cotitularidad

en una porción indeterminada en los bienes del marido —o una propiedad plena sobre alguna cosa concreta, que nunca se sabe si no llega o si excede la exacta proporción de la décima parte.

Esta dote, con los tiempos, va desapareciendo y es sustituida, con la recepción del Derecho común, por la dote de la mujer. Pero hay un aspecto que debe ser subrayado: se ha dicho que este cambio se debe a la influencia del Derecho común y creemos que la apreciación es errónea; la dote del marido se encuentra en todos los pueblos conquistadores y en todos los países de frontera —se trate de la Marca Hispánica del siglo X o del Far West del siglo XIX— por una razón prosaica, pero importante: porque las mujeres escasean. Cuando se da esta circunstancia, el hombre tiene que comprar su mujer —tan fina y educadamente como se quiera—. En las sociedades establecidas y sedentarias, la situación se invierte: son los hombres los que escasean y es la mujer o sus padres quienes tienen que ofrecer algo más. El paso de la dote del marido a la dote de la mujer se produce, precisamente, en el momento en que nuestra tierra comienza a estabilizarse y el recuerdo de las razzias musulmanas se va perdiendo. Y es precisamente este hecho el que lleva al país a inclinarse por el sistema dotal romano. Es decir: el recuerdo, más o menos real de la legislación goda ya no sirve para la nueva situación del país, y los catalanes reclaman un Derecho más adecuado a las necesidades realmente vividas. No se tienen que perder de vista estas consideraciones porque nos dan una lección esencial: no es el Derecho quien cambia las costumbres, sino las nuevas costumbres las que crean —o encuentran— el Derecho que necesitan.

II. *Las donaciones entre marido y mujer.*—No es sencillo llegar a hacerse una idea razonablemente clara de cuál ha sido la disciplina legal de las donaciones entre marido y mujer en la alta Edad Media. Del Derecho Romano Vulgar —que ha sido estudiado por D'Ors y Samper— nos han llegado textos demasiado confusos y contradictorios para que podamos llegar a conclusiones ciertas. Del Derecho vigente en la Septimania Franca —Breviario— parece deducirse que entre marido y mujer eran válidas las donaciones *mortis causa* —y que éstas tenían una sola causa de revocación: la premoriencia del donatario—, al igual que sucedía con el Derecho prejustiniano. En cuanto al *Liber* la cosa resulta pasablemente clara: la Ley *Cum de dotibus* (III, 1, 5) dice: ... *si iam vir habens uxorem transacto scilicet anno pro dilectione vel merito coniugalis obsequii ei aliquid donare elegerit, licentiam incunctater habebit*; en cambio, antes del matrimonio no se puede hacer otra donación que la dote —en la cantidad máxima que hemos visto antes— a menos que el donante se encuentre en inminente peligro de muerte.

No es éste el único precepto que el *Liber* dedica a las donaciones entre marido y mujer; en el libro V, título séptimo, la ley séptima establece sus solemnidades; la ley quinta fija el destino de la cosa dada en caso de segundo matrimonio y de vida deshonesto de la viuda donataria; y la ley cuarta regula los derechos de la donataria,

según que haya o no hijos y según que muera o no intestada. Respecto de esta última ley (ley *Si mulier a marito*) se tiene que señalar el hecho de que, si en su primitiva redacción debida a Recesvinto y procedente de Eurico (*antiqua*) era de una claridad ejemplar, las interpolaciones ervigianas, con el afán de regular conjuntamente donaciones y legados la convierten en un texto sin sentido, ya que entre otras cosas ordena que, si la mujer muere intestada y sin hijos, lo que haya recibido *por herencia* del marido pasará a éste *si superstitis extiterit* (!).

Estos pueden ser los antecedentes legales de la costumbre catalana; porque el hecho es que, en un principio, no hubo en la Marca Hispánica ninguna duda relativa a la firmeza e irrevocabilidad de este tipo de donaciones. Ya Lalinde ha aducido textos que lo prueban plenamente. A las afirmaciones que este autor hace sólo tenemos que añadir la siguiente:

En primer lugar, no parece que, en la costumbre catalana, haya nada que limite el valor máximo de las donaciones entre marido y mujer; por un lado la palabra *aliquid* usada en el *Liber* no puede tener ningún sentido limitativo, dado que no lo tiene gramaticalmente y que la detallada regulación contenida en las seis últimas leyes del título segundo del libro quinto no puede referirse a donaciones minúsculas —del tipo de las reguladas en el último inciso del artículo 20 de la Compilación—. Por otro lado, las donaciones que encontramos en la documentación de la época no hacen referencia directa ni indirecta a otra *limitación legal* que la de que se hagan pasado el primer año del matrimonio; así pues, no puede extrañar que en la documentación de la época se encuentre más de una realmente importante.

En segundo lugar conviene dejar claro que la ley no transforma estas donaciones en donaciones *mortis causa*; según la ley *Si mulier a marito*, en el caso de premoriencia de la donataria, la cosa dada no vuelve al marido más que en el caso de que la mujer muera sin testamento y sin hijos del matrimonio —con la particularidad de que en este último caso, el texto legal no habla de *revocación* sino de *reversión*.

Finalmente, conviene subrayar que la práctica de las donaciones firmes entre marido y mujer se encuentra documentada en todas partes, *no solamente como vestigio de la legalidad visigótica, sino como costumbre enraizada y opuesta al Derecho Común*. En el Archivo del Palacio de Perelada (Sección C, doc. 139) se encuentra la escritura de donación que, en fecha tan avanzada como el 19 de agosto de 1306, hace Ponç de Catllar a su mujer Ermessendis; se trata de un documento que rezuma Derecho Romano por todas partes y en el que, además de otorgarse una donación *irrevocable y entre vivos* se renuncia a las consecuencias de la falta de insinuación —como si en el propio cuerpo de las leyes romanas de donde proceden estas acciones no hubiera la posibilidad de revocación *ad libitum* de tal tipo de donaciones.

III. *Las compras conjuntas entre marido y mujer.*—Ya ha sido demostrado repetidamente que la costumbre catalana, antes de la recepción, hace que marido y mujer otorguen los actos de disposición —activa y pasiva— *conjuntamente*. No es necesario aducir documentos porque se encuentran centenares de ellos donde la fórmula se repite sin casi ninguna excepción. No es fácil decidir si esta práctica es o no un procedimiento técnico usado con el fin de asegurar los derechos de la mujer. No faltan documentos que lo dicen claramente: por ejemplo, el 3 de marzo de 1020, Ermessendis, viuda, hace donación a Gondemar de una tierra *qui mihi advenit per comparatione quem feci cum viro meo Arnulfi qd. et qui me contingit per meum decimum* (Cartulario de San Cugat del Vallés, vol. II, doc. 476). De momento, y hasta que la cosa no haya sido más investigada, no se puede asegurar que existiese una norma general; hay compras conjuntas reales y compras conjuntas hechas con la finalidad de proteger el *décimo* de la mujer. Tampoco es posible llegar a averiguar el régimen jurídico de estas titularidades conjuntas. Es tentadora la idea de que en este tipo de donación se encuentra el inicio de la costumbre, que ha llegado hasta nosotros y ha admitido y regulado la Compilación, de las compras con pacto de supervivencia; pero la documentación examinada no nos permite seguir esta línea de razonamiento: encontramos, por ejemplo, la venta hecha por Belliardis, viuda, y sus hijos Franc y Bernat, de una finca *qui mihi advenit ad me Beliards per mea compara vel per meum decimum et per luctuosum de filio meo qd. Miro et de filia mea qd. nomine Richildis et ad me Francho et Bernardo de genitores nostros* (10 de junio del año 988. Cartulario de San Cugat del Vallés, vol. I, doc. 222) que permite suponer una compra conjunta de marido y mujer, la muerte del primero y la transmisión hereditaria a los cuatro hijos (*no a la mujer por pacto tácito de supervivencia*) y la posterior muerte de dos hijos y la consiguiente transmisión intestada de su parte a la madre. (*Luctuosa: hereditas liberi quare advenit parenti, turbato ordine mortalitatis*. Fr. 15 Dig. 5, 2 y Fr. 28 Cod. 3, 28.)

Lo que sí puede llegar a decirse es lo siguiente:

a) La cotitularidad a que da lugar la compra conjunta ni es solidaria ni lo es de partes numérica y exactamente establecidas. La indeterminación es norma general sin ninguna excepción conocida.

b) Esta costumbre va desapareciendo con el cambio social y jurídico del país. De una exploración estadística hecha en el Archivo de la Catedral de Barcelona se desprende que este tipo de adquisición llega a un punto máximo hacia el año 1100 y disminuye fuertemente hasta desaparecer hacia el año 1300; paralelamente puede observarse la iniciación y el aumento —en un principio lento, rápido hacia 1200— de las cartas dotales (dote de la mujer) y esponsalicios. El significado que esto pueda tener —fácilmente deducible— sólo podrá ser claramente establecido después de un estudio más riguroso de la documentación disponible. Pero conviene señalar que

éste no debe ser un estudio de documentos concretos, por interesantes que sean, sino de naturaleza estadística.

IV. *El Usufructo de la viuda.*—La norma establecida por el *Liber* (Libro IV, tit. 2, ley 14) concedía a la viuda el usufructo vitalicio de una parte viril de la herencia del marido. Este usufructo se configuraba como un derecho individual de carácter estrictamente económico, ya que la viuda podía hacer suyos *todos* los frutos de su parte y disponer de ellos a su antojo —incluso favoreciendo a un hijo en perjuicio de los demás. Pero la costumbre catalana fue diferente; el “Usatge” *Vidua* establece:

Vidua si honeste et caste post mortem viri sui in suo honore, bene nutriendo filios vixerit, habeat substantiam viri sui quamdiu steterit sine marito. Si adulteraverit et cubile viri sui violaverit amittat honorem suum et totum avere viri sui; et veniat honor in potestate filiorum, si in aetate fuerint, vel aliorum propinquorum. Ita tamen ut non perdat suum avere si in presenti aparuerit, nec sponsalitiium amittat quamdiu vixerit; postea reddant ad filios vel propinquos.

Contra lo esperado no se encuentra rastro alguno de este usufructo universal en la documentación de la época. Podrá decirse que esto es debido al hecho de que el “Usatge” es tardío (fue añadido a la colección por Jaime I); pero hay que tener en cuenta —según dicen todos los autores antiguos y modernos que han estudiado la institución— que el texto recoge una antigua costumbre del país. ¿Cuáles pueden ser los motivos de aquella falta de constatación documental?

Si estudiamos el problema más de cerca toparemos con una particularidad notable; parece claro que el “Usatge” 147 tiene como antecedentes lejanos la ley “Mater” del *Liber*, de la cual recoge el carácter vitalicio del derecho de la mujer, y la ley *Nulli videatur* del Breviario (Libro III, título 8, ley 3) del cual adopta su condición universal. Pero hay una diferencia importante y significativa: estos antecedentes legales conceden explícitamente un derecho de *usufructo* y usan repetidamente estas palabra; en cambio, el “Usatge” habla de la viuda que vive en *la honor* del marido y de él tiene *la seva substància*, y de la pérdida de dicho *honor* y *haver* del marido. (*Honor* equivale aquí a patrimonio inmueble. Véase el “Vocabulari Jurídic Català” de FOLCH I. SERRALLONGA); los derechos de la viuda sobre los frutos percibidos no son mencionados.

Si nos representamos la realidad de la época, la solución del problema puesto no tiene dificultades: los documentos no hablan del usufructo de la viuda por la sencilla razón de que *la viuda no tiene ningún usufructo*; lo que tiene la viuda es la *regencia* de la familia y del patrimonio familiar, es decir: la viuda se convierte en *cabeza de familia* —aunque los hijos sean mayores de edad. La conclusión es importante porque nos coloca en el origen de una convicción que ha llegado hasta hoy y que ha sido resumida de una manera precisa: en Cataluña —se ha dicho— no es la muerte lo que disuel-

ve la familia sino las segundas nupcias. Cuando muere el padre, la madre ocupa su lugar: es dueña y señora. Podrá no tener facultades dispositivas sobre el patrimonio —pero es la autoridad máxima de la familia.

Esta posición de la viuda no es un derecho subjetivo del que se tenga que hablar en las escrituras; es una *función* con sus deberes y sus facultades. Se puede hablar, como facultad, de usufructo, pero, al hacerlo, se cometerá una inexactitud; no se trata de un derecho subjetivo, independiente e individual sino de una simple consecuencia de su posición social y jurídica y, si precisamos un poco más, de un *derecho de uso* y de alimentos (derecho a disfrutar de un patrimonio según las propias necesidades) más que de un derecho de usufructo. Por más que queramos no podremos representarnos a la viuda dueña y señora percibiendo los frutos del patrimonio y disponiendo de ellos *como cosa propia*; no tiene ninguna necesidad de ello ni lo encontraría decente —como tampoco lo considera decente el actual marido administrador de los bienes parafernales de su mujer.

Al lado de esta costumbre nace, en *Barcelona*, otra que, por uno de los errores más desgraciados de nuestra historia jurídica, llegará a ser Ley general del Principado. Pero, a fin de precisar su significación y alcance es preciso decir algo sobre lo que fue su base social.

La población barcelonesa, hasta finales de la Edad Media, tiene las siguientes características:

a) Sus estamentos principales son artesanos y mercantiles, principalmente marítimos, para los que el patrimonio familiar no es un elemento esencial.

b) El estamento agrícola —que no falta— no está constituido por economías cerradas —como en el resto del país— sino abiertas y participantes en la economía monetaria de la ciudad.

c) Los barceloneses son hijos de barceloneses; queremos decir que el crecimiento de la ciudad es vegetativo y no se nutre, como más adelante, de la emigración campesina (bastante trabajo tienen los campesinos en repoblar un campo yermo y desierto) ni es influida por los esquemas mentales de la población agrícola.

Si echamos una ojeada a las costumbres barcelonesas tal y como han sido recogidas en el *Recognoverunt Proceres* (fecha: 3 de los idus de enero de 1283), encontraremos una organización que se opone fuertemente a la que hasta ahora hemos visto. El mantenimiento de la legítima larga visigótica —Capítulo II— y la regulación de los derechos de la viuda —Capítulos IV, V y VI— nos hacen ver un tipo de núcleo familiar que se desintegra —o que puede desintegrarse fácilmente— con la muerte del padre. Ciertamente, que estos últimos Capítulos admiten la solución “conservadora”; pero la redacción de la Constitución *Hac Nostra* permite suponer que lo que ocurría prácticamente era que la mujer tenía que aceptar, con la restitución de la dote y el pago del esponsalicio, la pérdida de todo otro derecho en los bienes y de toda la autoridad en la familia.

Dicho de otra manera: la viuda, en Barcelona, no es dueña y señora, sino titular de derechos estrictamente individuales y económicos que pueden ser —y son— pagados inmediatamente.

Es preciso decir, empero, que esta manera de plantear el problema no es la de *todos* los estamentos de la ciudad y que, la inmigración campesina importará esquemas mentales diferentes precisamente en el momento —1351— en que la Constitución *Hac Nostra* los rechaza; y que, con esta Constitución, se intenta generalizar unas soluciones propias de grupos que, a pesar de su dinamismo y brillantez externas, tenían una importancia económica y social mínimas dentro del conjunto de nuestro país. No hay que olvidar lo que dice Robert S. López (*Naissance de l'Europe*, París, 1962, página 319):

“Il sembla, pendat quelques années, que Barcelone allait éclipser Gênes et Venise; les villes catalanes jouissaient de l'appui armé de la noblesse terrienne et de la bienveillance du roi. Les villes catalanes succombèrent, comme par contagion, à l'inertie du royaume dans lequel elles s'encastraient. Le royaume se composait presque entièrement de provinces rurales... Ses ports n'étaient que la façade de marbre d'un edifice d'argile.”

V. *Capacidad de la mujer casada*.—Durante toda esta etapa histórica, la capacidad de la mujer, casada o no, es absoluta. En nuestra tierra nunca se ha hablado en términos de *imbecillitas sexus* ni de licencia marital. Y hay pruebas abundantes de ello. No sólo las costumbres 22 y 36 de las “Conmemoraciones de Pere Albert” admiten para el derecho feudal que la mujer pueda, sin intervención del marido, hacer homenaje al señor y prestar juramento de fidelidad que personalmente tendrá que cumplir *si la cosa no és feudal, e és prefernal*, sino que, mucho más adelante, pasa lo mismo incluso en negocios para los que sería justificada la intervención del marido; el año 1303, Elisenda, mujer de Pere de Sobrerroca, se hace mujer propia y sólida de Dalmau de Rocabertí, señor de Navata, sin intervención del marido (Archivo, en Palma de Mallorca, de los Marqueses de la Torre. Ar. C 4, doc. 1.440; transcrito en: Miquel Galobardes: *Els remences*, vol. II, pág. 88). Esta plenitud de capacidad y la falta de efectos restrictivos personales del matrimonio es fácilmente visible en el hecho de que las primeras alusiones documentales al Senadoconsulto Velejano —que como veremos incluye la Auténtica *Si qua mulier*— que podemos encontrar se refieren a la renuncia de sus beneficios; dicho más claramente: beneficio y renuncia al beneficio entran en Cataluña simultáneamente —lo cual quiere decir, sin ninguna clase de exageración, que el Senadoconsulto y la Auténtica *no fueron recibidos en Cataluña*.

De la exposición hecha puede deducirse la visión general siguiente:

Durante esta etapa la sociedad catalana se construye sobre el núcleo básico familiar constitutivo de una economía cerrada. Este núcleo —familia y patrimonio— no se puede descomponer en elementos más simples ni, jurídicamente, en derechos subjetivos indi-

viduales; marido y mujer —o el que sobreviva de ellos— son regentes del patrimonio; hombre y mujer tienen plena capacidad jurídica y actúan conjuntamente. No se puede hablar del problema de la subsistencia de la viuda: habiendo hijos —que es el caso normal— la mujer ocupa el lugar del marido como si no hubiese pasado nada. La dote es un *precio* —como las “arras” del derecho castellano— que hace suyo el padre de la novia; no contribuye a hacer frente a las cargas del matrimonio ni está pensado en función del aseguramiento de la viuda.

No podremos entender el sistema —que aunque continúe vigente en la conciencia popular será desfigurado con la recepción del Derecho común— si nos empeñamos, obstinadamente, en mirarlo a través del concepto moderno del derecho subjetivo; es un sistema hecho de *funciones* sociales sin traducción posible a nuestros esquemas doctrinales.

En Barcelona y en las villas ocurre todo de manera distinta: es más difícil hablar de *la casa*, dadas las particularidades económicas de la ciudad; la dote y el esponsalicio tienen una finalidad primordialmente aseguradora de la subsistencia de la mujer en el caso de viudez y de desintegración de la familia.

Es evidente la diferencia —la contraposición— entre un sistema y otro; entre la ciudad y el campo.

LA PRIMERA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

La recepción del Derecho común en el Principado es un fenómeno extraordinariamente complejo que no ha sido objeto del estudio detenido que merece. Desde un punto de vista totalmente externo se han fijado sus hitos principales —1255, 1409 y 1599— y se han estudiado las normas legales que la reflejan o la llevan a término. Los trabajos de Hinojosa, Brocá, Font i Rius, Lalinde, García, etc., son esenciales y han abierto el camino a investigaciones más detalladas. Si los tomamos como fundamento de un estudio hecho en profundidad tendremos que admitir que no todos los aspectos del proceso de recepción tienen el mismo alcance ni la misma importancia.

En primer lugar se da la recepción de aquellos elementos del Derecho común más adecuados para regular los vacíos que la costumbre *praeter legem* se esfuerza en llenar; una muestra la tenemos en las *Costums de Catalunya* directamente inspiradas en los *Libri Feudorum* incorporados al *Corpus Iuris* y tomados del Derecho feudal longobardo por el camino del *Liber Papiensis* y la *Lex Lombarda*. En segundo lugar hay aquella recepción de ingenuo lucimiento con la cual se pretende dar un fundamento prestigioso al Derecho autóctono; se trata casi siempre de un intento que no lleva a otra cosa que a coger por los pelos los textos romanos y, en el mejor de los casos, a una verdadera feudalización del Derecho común. Basta leer las glosas de Montjuich y de los Vallseca a los “Usatges” para encontrar muestras abundantes de todo ello. En tercer

lugar hay la recepción de normas de Derecho común que sistematizan y explican mejor que las autóctonas o las góticas las instituciones catalanas. El objeto primario de este tipo de recepción es pedagógico y práctico; pero el resultado verdadero es, por un lado, la conceptualización y racionalización del Derecho y la desaparición —a la larga— de la confusión, los difuminados y el tratamiento de los problemas por aproximación; por otro lado, ya hemos dicho que la racionalización lleva a la pérdida de conceptos esenciales —como el de *función*— y a la desfiguración de la realidad social. Finalmente, y además de la recepción *secundum* o *praeter legem vel consuetudinem*, hay una recepción contra la ley o la costumbre vigente que tiene dos manifestaciones: la primera es aquella que descubre en el Derecho común la solución adecuada a problemas mal resueltos por el Derecho autóctono (por ejemplo, la legítima corta); la segunda supone la introducción indiscriminada de normas que no tienen nada o casi nada que ver con nuestro Derecho; en el mejor de los casos complementan de forma aberrante instituciones conocidas (por ejemplo, las donaciones entre marido y mujer); en el peor, introducen formas e instituciones desconocidas, cuando no contrarias a nuestro espíritu y talante (por ejemplo, el Senado-consulta Velezano, la Auténtica *Si qua mulier* y la presunción Muciana).

Pero esa, digamos, clasificación no es, ni mucho menos, toda la historia ya que olvida su mecanismo y su dinámica internas. No es ningún descubrimiento afirmar que la recepción del Derecho común no es un hecho instantáneo sino un proceso —un largo y atormentado proceso—; pero quizá lo sea decir que este proceso no se puede reducir a una progresiva infiltración de un sistema legal forastero que, cuando llega a la saturación, obtiene el reconocimiento oficial. Un proceso social queda desfigurado si se describe como si fuera un proceso mecánico, es decir: como una fuerza frente a la cual se opone una resistencia, que es, finalmente, vencida. Las cosas no son tan sencillas; lo más importante de todo proceso social no es el triunfo de una tendencia, sino los fenómenos de adaptación que se producen durante la lucha —que hacen que aquel triunfo final no sea tan brillante ni absoluto como las apariencias permitirían afirmar.

Tratándose de la recepción del Derecho común, este proceso y los mecanismos de adaptación que de él nacen, condicionando su resultado final, puede ser descrito así:

La infiltración del Derecho común se presenta, históricamente, como un hecho inevitable; basta con echar una ojeada a la documentación correspondiente a finales del siglo XII y principios del XIII para hacerse cargo del caos monumental que las costumbres feudales habían introducido en nuestro mundo jurídico. Hasta el año 1150 —aproximadamente— hay una perfecta claridad: se encuentran derechos de propiedad y de usufructo, compras, donaciones, préstamos y pignoraciones; y esta claridad se refleja perfectamente en la documentación de la época que diferencia en cada caso de

qué negocio jurídico se trata y nunca se olvida de constatar el título de adquisición del transmitente. A partir de aquella fecha, el cambio es total: los documentos omiten sistemáticamente la titulación y el transmitente transmite *los derechos que pueda tener* sobre la cosa. Por si fuera poco, el negocio jurídico tradicional —compra, donación, pignoración— desaparece y se impone como modelo único la *deffinitio* —es decir, la transacción.

Este estado de cosas no podía continuar y se hizo necesaria la promulgación de normas aclaratorias autóctonas —o la importación de un derecho forastero prestigioso; lo que ocurrió fue lo último y Arcadio García nos ha explicado cómo la iniciativa de enviar gente a estudiar a Italia fue tomada por las autoridades eclesiásticas decididas a aclarar fuese como fuese, la naturaleza de sus derechos.

Cuando en el año 1255 el rey Jaime I prohíbe la alegación de la ley goda y del derecho común, la situación es ésta: tanto el derecho común como la ley goda son *costumbres* judiciales —es decir, eruditas— que se enfrentan con las costumbres feudales y las del pueblo; el pacto elimina la costumbre y, por tanto, se convierte en el procedimiento normal de evitar su aplicación. Pero lo que resulta notable es que el pacto normalmente es construido y redactado por un letrado —por un erudito— que, poco a poco, se acostumbra a hacer lo que ya, desde mucho antes, se venía haciendo más allá de las Alberes: paralizar la aplicación del Derecho romano mediante procedimientos sacados del propio Derecho romano. La cosa podrá parecer extraordinaria pero se trata de un hecho perfectamente comprobable: las armas empleadas para luchar contra una invasión total del Derecho común se encuentran en el propio arsenal del Derecho invasor; esto permite dos cosas: la primera, que la recepción puede ser selectiva. Aquel *immensus aliarum super alias coacervatarum legum cumulus* que es el Derecho romano, no acaba dominando totalitariamente la vida jurídica del país, sino que es filtrado, elaborado, deformado y parcialmente admitido cuando se cree que regula —o que regula mejor— una relación jurídica determinada. La segunda es que la recepción oficial del Derecho romano en el año 1409 es inocua porque supone la admisión paralela de los procedimientos técnicos necesarios a fin de continuar aquella recepción selectiva; y la supone por la sencilla razón de que estos procedimientos técnicos están regulados en textos que forman parte del mismo derecho recibido. Con todo, la consecuencia más importante de este proceso es que nuestro Derecho dispone de los medios que le permitirán continuar siendo un Derecho consuetudinario y evolutivo.

¿Cuáles son estos procedimientos técnicos? Fundamentalmente, los tres siguientes: el *pactum de non petendo*, la *renuntiatio* y el juramento confirmatorio.

A) *Pactum de non petendo*. El texto fundamental que admite y regula este pacto se encuentra en las Instituciones de Justiniano:

Debitor, si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur... Sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnare, defenditur per exceptionem pacti conventi. (Fr. 3 Inst. 4, 13).

La doctrina elaboró el concepto ampliando su alcance y llegando a las siguientes conclusiones:

a) De acuerdo con el fragmento transcrito y contra el parecer de Baldo que afirmaba que quien pacta no reclamar renuncia a su derecho, se establece claramente que el Derecho queda subsistente en toda su integridad.

b) El resultado práctico del *pactum de non petendo* es la atribución de una *exceptio litis finitae* que no sólo permite paralizar la acción de reclamación de la deuda, sino que atribuye la facultad de repetir lo que fue pagado por error a pesar de la existencia del pacto.

c) El *pactum de non petendo* es posible no solamente respecto de créditos personales, sino de derechos y acciones de todas clases; así nacen y se practican abundantemente el *pactum de non agendo*, el *pactum de non veniendo contra*, el *pactum de controversiam non faciendo*, etc., etc. Es fácil darse cuenta de la extraordinaria utilidad que estas últimas formas podían tener respecto de contratos y negocios jurídicos de toda clase hechos con infracción de algún precepto legal.

d) De acuerdo con lo que se prevé en el fr. 8, 7 Dig. 2, 14, se distingue cuidadosamente entre el *pactum de non petendo in personam* y el *pactum de non petendo in rem*. El primero, concebido personalmente (*ne a persona petam*), sólo se puede oponer por aquel a quien se prometió; el segundo (*ne petam*) se puede oponer por cualquier persona contra quien lo prometió. El carácter relativo del pacto, pues, depende de cómo se formula.

e) Si el *pactum de non petendo* deja subsistente el Derecho, se produce un efecto de gran importancia práctica: el Derecho de que se trata no acrece a los cotitulares como pasa con la renuncia y la repudiación.

La aplicación de este pacto como instrumento técnico de recepción del Derecho común fue constante. Como ejemplo basta con hacer referencia a la cláusula que cierra, durante siglos, todos los contratos y que aproximadamente reza así: *Quod si nos que contra hanc scriptura venerit ad inrumpendum, non hoc valeat vindicare sed in duplo componat in in antea ista donatio (vinditio, etc.) firma permaneat omnique tempore.* (Hay variantes literalmente aterradoras: *Siquis vero contra hanc donationis mee scripturam demens factus ad dirumpendum venerit imprimis sit maledictus et excommunicatus in cum Juda Domini proditore et cum Datan et Abiron eum vivum absorbeat terra et cum reprobis omnibus mittatur in inferno inferiori cereatque utroque lumine oculorum et in paradiso nequamquam intueatur faciem Dei cum ceteris sanctis.*)

En esta cláusula que, como hemos dicho, se repite en miles de documentos, hay, presupuesto, un *pactum de non veniendo contra*

reforzado por una cláusula penal (el hecho de que hable de composición no tiene importancia alguna, ya que se pacta la firmeza del negocio, lo que hace que, más que de composición, se trate de penalización).

B) La *renuntiatio*. Son muchos los fragmentos en que se establece de una u otra manera la posibilidad de la renuncia de derechos y facultades. Fundamentalmente, el dicho de Paulo: *Invito beneficium non datur* (Fr. 69 Dig. 50, 17) y sus desarrollos: ...*Licet sui iuris persecutionem aut spem futurae perceptionis deteriore constitutere* (Fr. 46 Dig. 2, 14) ...*alia regula est iuris antiqui omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuntiare* (Fr. 29, Cod. 2, 3) así como otros numerosos fragmentos (pueden verse: Fr. 41 Dig. 4, 4; Fr. 156 Dig. 50, 17, etc., etc.).

Quizá la renuncia de derechos y facultades sea uno de los conceptos más trabajados por los juristas clásicos de todos los países. No acabaríamos nunca siuviésemos que hacer referencia a la elaboración doctrinal que lleva a la definición del concepto y a su diferenciación de otros conceptos afines: *resignatio*, *cessio*, *remissio*, *repudiatio*, etc., etc.

Por lo que al caso se refiere basta con hacer referencia al fundamental problema del *objeto de la renuncia*. La doctrina clásica comienza haciendo una clasificación de las titularidades, que poco o nada tienen que ver con la que, trabajosamente, intentan hacer los actuales civilistas. Fundamentalmente las cosas o derechos nos pueden corresponder *ex iure quaesito* o bien *ex iure quaerendum*; el primer caso se da cuando una cosa o derecho *vere et proprie nostrum est atque ita nobis quaesitum ut alterius factum aut traditionem ullam minime desideret*. En cuanto a lo que nos corresponde *ex iure quaerendum*, puede tratarse de un *ius quaerendum praesenti ex causa praesenti*, de *futuro ex causa praesenti* y *futuro ex causa de futuro*; en el primer caso nos encontramos ante un *ius delatum* que no puede ser objeto de renuncia sino de repudiación; en el segundo caso nos encontramos con un derecho de crédito o una facultad, y, en el tercer caso, con una *spes*. La norma general es que pueden renunciarse los derechos *quaesitum* y los *quaerendum nondum delatum*. Ahora bien: tiene que tratarse de *derechos* en el pleno sentido de la palabra, cosa que se puede formular positiva y negativamente. Positivamente: todo derecho que nos pertenezca principal y privativamente puede ser renunciado. Negativamente: no se puede renunciar al derecho *quod principaliter non est inductum favore renuntiantis*.

Como consecuencia del principio general explicado, no pueden ser objeto de renuncia:

- a) Los derechos naturales.
- b) La solemnidad y forma de los actos y negocios jurídicos.
- c) El derecho concedido por razón de incapacidad (*propter incapacillitatem*).
- d) Los derechos que se conceden por utilidad privada y pública inseparablemente.

- e) Los derechos que afectan a las buenas costumbres.
- f) Los derechos públicos.
- g) Los derechos que no pertenecen al renunciante, sino a otro.
- h) Los derechos concedidos *in odium*.

Puede suponerse, sin miedo a equivocarse, la enorme cantidad de literatura a que llevó la explicación de cada una de las ocho excepciones transcritas —principalmente las *a)*, *d)* y *h)*. Muchos autores se entretuvieron en hacer la enumeración de todos y cada uno de los derechos que consideraban renunciables —lo que dio lugar a la publicación de infolios de tamaño muy considerable. Por ejemplo, Galleratus, a lo largo de setecientas páginas, analiza nada menos que doscientas renunciaciones.

La aplicación práctica del procedimiento de la *renuntiatio* como medio técnico para seleccionar la recepción del Derecho común fue extraordinariamente abundante y se encuentra en todos los formularios notariales de la época. Y si a las que podríamos llamar *renunciaciones ortodoxas* se les añade la costumbre de hacer renunciaciones sin eficacia legal, introducidas *ad timorem tantum* —como dice Rolandino—, se comprenderá que esta materia fuera, en la época de las codificaciones, absolutamente intratable.

Muchas renunciaciones, sin embargo, consiguieron su propósito: crear una costumbre que, más tarde, sería admitida como Derecho vigente. No pocas normas legales de los Códigos modernos —y de nuestra Compilación— no son otra cosa que el reconocimiento tácito de la eficacia de las renunciaciones pretéritas; en sentido negativo, no faltan preceptos dictados con la intención de anular el efecto de aquellas renunciaciones; basta leer la regulación que de la donación hace el Código civil español para encontrar pruebas abundantes de ello.

Pero la renunciación no era un medio suficiente para las finalidades perseguidas. Si el *pactum de non petendo* no puede impedir la subsistencia del derecho —a pesar de la promesa de no reclamarlo— tanto este pacto como la renunciación tienen otras limitaciones. Son éstas:

a) Ninguno de los dos procedimientos puede nada contra los defectos de forma; para que la renunciación a un derecho tenga eficacia tiene que hacerse con las formalidades exigidas por la ley.

b) Tampoco tiene ninguna fuerza frente a la nulidad derivada de la falta de capacidad *civil* del renunciante. El problema se complica si la especial posición de la mujer —o de la mujer casada— se califica como de incapacidad.

c) Hay el problema de la *cercioratio*; la doctrina establece que para renunciar a un derecho, facultad o beneficio, el renunciante tiene que saber exactamente de qué se trata; qué es aquello a lo que renuncia. La cosa puede tener sus dificultades —en materia de prueba, principalmente— como veremos al tratar del Senadoconsulto Vellyano.

d) Finalmente, hay el problema de la *renuntiatio spei* que nunca fue resuelto por la doctrina, pero que, en determinados casos:

—herencia futura, dote contenta— exigía una solución. Esta fue hablada en el juramento confirmatorio.

C) *Juramento confirmatorio*. La historia de esta institución es algo accidentada. Por lo que parece, hacia el año 230 un tal Florentino reclamó de Alejandro Severo que le relevase de cierta promesa que, antes de los veinticinco años, había hecho con juramento; con imperial sarcasmo se le contestó que si esperaba que el Emperador le autorizaría al perjurio estaba equivocado. *Si minor annis viginti quinque emtori praedii cavisti, nullam de cetero te esse controversiam facturum idque etiam jurejurando corporaliter praestito servare confirmas NEQUE PERFIDIAE NEQUE PERIURII ME AUCTOREM TIBI FUTURUM SPERARE DEBUISTI* (Fr. 1 Cod. 2, 28). La solución era, evidentemente, arriesgada y no muy ortodoxa; especialmente teniendo en cuenta que no regulaba un caso concreto con una norma imperativa concreta, sino con una norma general —el perjurio no debe ser nunca admitido— que podía tener consecuencias graves. No tiene que extrañar pues, que al producirse el renacimiento italiano del Derecho romano, el precepto fuera objeto de estudios apasionados. Forma parte de la divertida historia de la enemistad personal entre Bulgaro y Martino el hecho de que el primero opinase que se trataba de un acto inicialmente válido y, por tanto, que en la petición de Florentino solamente se trataba de la posibilidad de *restitutio in integrum*; Martino creía, por el contrario, que se trataba de un acto nulo *ipso iure* que quedaba *confirmado* por virtud del juramento. El problema llegó muy lejos; tanto, que Martino —cuentan que con procedimientos poco honestos— obtuvo del emperador Federico I, probablemente en el año 1155, la famosa Constitución *Sacramenta Puberum*, que reza así: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur*. El texto legal decide claramente que se trata de una *confirmación* de contrato nulo de pleno derecho; pero no sólo aclara la Constitución de Alejandro Severo, sino que cambia su sentido: si ésta da una norma general, sin precisar si se trata de una validación de lo que es civilmente nulo, el texto de Federico afirma rotundamente que se trata de la confirmación de actos civilmente nulos, pero no da una norma general, aplicable a todos los casos de juramento, sino un precepto especial referido a los contratos hechos, con juramento, por los menores de veinticinco años.

El proceso no acabó aquí; el derecho canónico tenía que topár tarde o temprano con el problema del juramento. La decisión tuvo lugar el año 1206 en el famosísimo Canon *Cum Contingat*:

Cum contingat interdum quod constante matrimonio mulieres alienationibus super rebus dotalibus et donationibus propter nuptias consentiant, ne ulterius contraveniant proprio sacramento firmando, ac soluto processo temporis matrimonio contravenire mitantur; utrum hoc eis liceat, a nobis tua fraternitate requisivit. Nos autem f.t.t.r. quod etsi mulierum consensibus in talibus non videatur obligatorius secundum legitimas sanctiones, ne tali tamen praetextu viam contin-

gat perjurii aperiri; mulieres ipsae servare debent huiusmodi iuramenta sine vi et dolo sponte praestita cum in alterius praeiudicium non redundant, nec observata vergant in dispendium salutis aeternae.

El texto es extraordinariamente interesante porque lo que en realidad hace es sumar los resultados parciales de los dos fragmentos del Código poco ha transcrito: por un lado configura el juramento como medio de confirmación de lo que, no siendo así, sería nulo de pleno derecho; por otro lado da una norma general aplicable a todos los casos de juramento —y no tan solo el juramento hecho por la mujer casada. Las posibilidades que ofrecía la decisión eran extraordinarias— y fueron aprovechadas debidamente. La doctrina llegó a las seguras conclusiones siguientes:

a) La confirmación que del contrato hace el juramento tiene como única finalidad evitar el pecado de perjurio.

b) Como consecuencia, es válido el juramento hecho por toda persona que tiene capacidad de pecar —es decir, el juramento hecho por persona púber.

c) No es válido el juramento hecho bajo coacción, el juramento de hacer algo contra el derecho natural o contra las buenas costumbres y, en general, el que de ser cumplido lo sería *in dispendium salutis aeternae*, o perjudicaría a terceros.

d) No se puede ir contra el propio juramento, aunque sea nulo, sin la previa *relaxatio* —absolución— acordada por el correspondiente Tribunal eclesiástico.

En los países en que la legislación canónica no regía como Derecho civil el juramento tenía como consecuencia ineluctable la traslación del fuero judicial: de todas las cuestiones a que pudiera dar lugar un negocio jurídico en el que se hubiese prestado juramento, solamente era competente el Tribunal de la Iglesia; esto dio lugar a muchos problemas y causó muchas fricciones entre ambas potestades. En Castilla, los Reyes Católicos intentaron atar corto al estamento eclesiástico que, con la doctrina del juramento, tantos perjuicios producía a los intereses económicos reales y señoriales, sin conseguir nada. (Véase las leyes 6 y 7 tit. y Libro X de la Novísima Recopilación.)

En los países —como el nuestro— en que el Derecho canónico se impuso como supletorio en materia civil, eran los tribunales civiles los que tenían que aplicar el Canon *Cum Contingat* —y sus alargamientos doctrinales— quedando para el Tribunal Eclesiástico, solamente, la resolución del procedimiento preliminar de relajación del juramento.

Como consecuencia de la doctrina explicada, con el juramento, la renuncia o el *pactum de non petendo* pueden neutralizarse las limitaciones legales no deseadas, siempre que no se trate de nulidades por incapacidad *natural* o coacción, o de materias que afecten al derecho natural o a las buenas costumbres o perjudiquen a terceras personas. Esta es la razón por la que hemos dicho que la recepción del Derecho común dejó a nuestro derecho en situación de permitirle cualquier evolución imaginable: se trataba solamente de aplicar estos

procedimientos con ponderación y obtener su confirmación jurisprudencial.

Por lo que acabamos de ver, podemos afirmar que cuando el jurista práctico se sirve del *pactum de non petendo*, de la renuncia o bien —en casos extremos— del juramento, no hace nada extraordinario. Se limita a rechazar un Derecho sin dejar de aplicarlo con la máxima escrupulosidad; y esto tanto pasa antes de 1409 como después de esta fecha sin que nunca se pueda tan solo suponer que su actitud sea heterodoxa. La absoluta legalidad de estos procedimientos es reconocida no sólo por la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia, sino por el mismo legislador. Cuando en el año 1302 Jaime II firma una pragmática con la que se propone limitar los estragos de las actividades usurarias, no tarda más de siete meses en poner las cosas en claro con otra pragmática en la cual dice que con la primera no se ha propuesto limitar ni prohibir los juramentos que según derecho o costumbre tienen que hacer las mujeres casadas o los púberes en los contratos que no serían válidos sin la intervención del juramento. Mucho más tarde —el 8 de junio de 1739— Felipe V firma una Real Provisión por la que se confirma la de 27 de noviembre de 1736 en la que se ordenaba que “sólo se permita el juramento en escrituras que para su validación se requiere, como compromisos, contratos de dotes, ventas, enajenaciones de bienes, donaciones”.

Antes de analizar cuál fue el Derecho matrimonial que surgió de esta primera recepción del Derecho común, tenemos que hacer alusión a un problema importante. Se trata del valor que estas cláusulas escriturarias de *pactum de non petendo*, renuncia y juramento, podían tener como *cláusulas de estilo*.

Este problema —planteado en forma general— siempre ha dado lugar a dos posiciones opuestas e irreconciliables: la primera es que la cláusula de estilo se incluye en los contratos por el Notario sin conocimiento de las partes, que no tienen noticia de ello, o no conocen su significación; como consecuencia, y a menos que se demuestre lo contrario —es decir: que los interesados las quisieron y las exigieron—, no tienen ninguna eficacia contra los otorgantes. La segunda mantiene el criterio de que, si el Notario incluye una cláusula de estilo lo hace bien porque se trata de un hecho sabido por todo el mundo y del que ni tan sólo tiene que hablar, bien porque los interesados se limitan a decir al Notario lo que quieren y éste redacta la escritura con todas las cláusulas necesarias a fin de que produzca los efectos requeridos. Lo que es importante —se dice— es el *qué*, no el *cómo*; del *qué* se preocupan los interesados; del *cómo* se preocupa el Notario.

Desde un punto de vista doctrinal, creemos que hay que distinguir dos casos diferentes, según se trate de una legislación positivamente vigente, en toda su integridad, o bien se trate de una legislación extraña cuya vigencia no tiene origen soberano. En los países alemanes y en la península italiana el Derecho romano rige porque es el Derecho del Imperio —y se trata de países que forman parte del Imperio, por muy grande que sea la buena volun-

tad que haya que poner al hacer esta afirmación. Si hay un precepto que choca con el sentido popular —o erudito— no hay más remedio que ingeniárselas para encontrar procedimientos *legales* a fin de neutralizarlo. Toda la doctrina del *Pactum de non petendo*, la renuncia y el juramento nació y se desarrolló en estos países. La consecuencia es que aquellos procedimientos tienen que aplicarse, digamos, *honestamente*; no existe renuncia si quien la hace no sabe a lo que renuncia; no hay juramento si no hay una cierta solemnidad y la convicción de que se contrae un vínculo sagrado. Esta es la razón de que, en estos países, el juramento tenga tantos privilegios; si el juramento es una cosa seria y sagrada hay la presunción *juris et de jure* de que el que jura lo ha pensado mucho antes de hacerlo; también esto explica la confirmación o validación de la mayor parte de los contratos que sin el juramento serían inválidos —por falta de madurez y reflexión en el otorgante. Si el Derecho positivo exige unas solemnidades o una edad determinada, lo hace, principalmente, con el fin de asegurarse de la seriedad del acto y de la firme voluntad de quien lo contrae; una y otra quedan suficientemente patentes con el juramento hecho seriamente.

Pero la situación es distinta en aquellos países —como el nuestro— en que el Derecho común entra consuetudinariamente para llenar el propio vacío normativo; el Derecho común es, ciertamente, considerado como un cuerpo homogéneo, completo y coherente: es la *ratio scripta* que no se puede admitir fragmentariamente; la recepción obliga a la aceptación íntegra del cuerpo legal forastero —y, con él, de normas contrarias a la propia costumbre, de instituciones desconocidas y extrañas si se quiere hacer servir aunque sea una sola considerada necesaria. La pereza legislativa lleva a esta consecuencia del todo o nada. Pero hay un remedio con el que se puede canalizar este alud normativo; aprovechar la doctrina nacida en tierras del Imperio, importar, junto con el precepto deseado, el procedimiento que lo neutraliza y adoptar la costumbre de hacer uso de él.

En el período consuetudinario, si se trata de una institución que viene regulada por el derecho forastero de manera no compatible con la costumbre del país —por ejemplo las donaciones entre marido y mujer—, se puede continuar como antes sin mayores males. Ya hemos visto que, en Cataluña, estas donaciones se otorgan en forma explícitamente irrevocable y no se hace caso del Derecho romano —ni del Derecho canónico—. Si se trata de una institución desconocida —pongamos por caso el Senadoconsulto Velejano— su importación es simultánea a la adopción de la costumbre de renunciar sus beneficios.

En el período *oficial* —queremos decir a partir de 1409— los dos casos exigen la adopción de los mismos procedimientos: admisión de la norma —porque no hay otra solución— y costumbre repetida sin excepciones de rechazarla con algunos de los procedimientos antes descritos.

La consecuencia de este mecanismo es que el *pactum de non pe-*

tendo, la renuncia y el juramento se utilizan como instrumentos técnicos convertidos en puros formulismos sin contenido real. Como ya puede suponerse, no faltaron puristas que se indignaron ante esta falta de respeto; bastó citar el integrismo jurídico de Peguera, para quien el juramento y las renunciaciones tienen que ser serias y hechas con pleno conocimiento y reflexión, y no valen cuando son introducidas por el Notario sin una exigencia previa de los interesados (véase *Decisiones*, cap. 148).

Pero la realidad no iba por este camino. Es preciso tener en cuenta que, tal y como ordena la ley (véase Pedro III en las Cortes de Perpiñán de 1351), los interesados sólo intervenían y firmaban un primer borrador del documento que el Notario tenía que completar posteriormente —en un plazo de dos meses a partir de la firma, a menos que el Notario pidiese la intervención de un *sabio*, en cuyo supuesto el plazo se empezaba a contar a partir de esta intervención— mediante el procedimiento perfectamente conocido, regulado e incluso doctrinalmente estudiado, del *allargament*. Cuando Jaime II, en la pragmática que ya hemos visto, prohíbe a los Notarios recibir ciertas escrituras con juramento, lo prohíbe en *l'allargament de l'escriptura*; práctica, pues, perfectamente establecida que duró, para los Notarios catalanes, hasta el año 1736, y para los de Barcelona, hasta el 1755. Los Notarios redactaban la escritura con posterioridad a su firma, incluyendo en ella todos los juramentos y renunciaciones necesarios a fin de que tuviera plena eficacia jurídica —sin noticia ni consentimiento expreso de los interesados—. Esta larga práctica, admitida en todas partes como lícita y totalmente de acuerdo con la legislación vigente, tuvo consecuencias importantes de las que más adelante hablaremos.

La doctrina desarrollada allende los Pirineos, relativa a la renuncia y al juramento fue, naturalmente, conocida, comentada y admitida por nuestros juristas: Mieres habla extensamente de ella en su *Apparatus* (Collatio 6.^a, *De donationibus minorum viginti annorum*, párrafos 49 a 62); Peguera dedica a ella la rúbrica primera de su *Praxis Civilis*; Cancr trata de ella en el capítulo octavo de la segunda parte de sus *Variae Resolutiones*; Fontanella la estudia en sus *Decisiones* 77, 397, 400, 408, 418 y 581. Pero el uso que de ella hacen los Notarios —como ya hemos visto— y la confirmación que recibe de los Tribunales, aunque parezcan una misma cosa, tienen un contenido y una significación diferentes. Dicho brevemente: los juristas teóricos admiten las renunciaciones y los juramentos como aplicación seria y estricta de ciertas normas legales; los Notarios y los Tribunales —juristas prácticos— tienen más en cuenta su carácter instrumental y formal. Los choques fueron frecuentes (una muestra casi divertida se encuentra en las *Decisiones* 399, 400 y 401 de Fontanella), pero siempre dominó la posición más sensata —la que permitía que nuestro Derecho civil pudiese seguir siendo un sistema abierto y elástico—.

Finalmente, hay un hecho importantísimo: se trata de la diferencia de trato que, frente a los procedimientos técnicos de neutraliza-

ción examinados, tienen, por un lado el Derecho autóctono —Derecho municipal— y, por otro, el Derecho supletorio —Derecho común—. La pone de relieve Fontanella (*Decisiones*, decisión 581, párrafo 25) y la presupone toda la doctrina jurídica catalana: *Contrariamente a lo admitido para el Derecho común, los beneficios concedidos por el Derecho municipal no son renunciables, ni son confirmables por medio del juramento los actos que éste prohíbe*. Esta particularidad —*absolutamente esencial*— tendría que ser objeto de un estudio detenido y particularizado. Para no alargar demasiado este capítulo creemos que son suficientes —y necesarias— las siguientes consideraciones:

a) Esta diferencia de trato justifica la posición de los prácticos del Derecho que no ven en las renunciaciones y juramentos otra cosa que procedimientos formales de recepción o de rechazo del Derecho común.

b) Los efectos de las renunciaciones y de los juramentos —y su disciplina— nada tienen que ver con los de la costumbre *contra legem*. La costumbre contra ley prevalece contra cualquier norma jurídica —de Derecho común o de Derecho municipal— mientras sea esto: *costumbre*; la renuncia y el juramento sólo prevalecen contra una norma del Derecho común —incluso tratándose de un acto aislado.

c) Esta diferencia de trato —que no encuentra justificación alguna en los textos del *Corpus Iuris*— hace ver que el Derecho municipal y el Derecho común no solamente tienen un *contenido* diferente, sino que la naturaleza de su *vigencia* no es la misma. El desconocimiento de este hecho dio lugar a la segunda recepción del Derecho romano, con la que se modificó fundamentalmente, no sólo el contenido de nuestras instituciones, sino —cosa mucho más importante— la misma estructura del Derecho civil catalán.

EL DERECHO MATRIMONIAL CATALAN POSTERIOR A LA PRIMERA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO

I. *El sistema dotal.*

Con el cambio de la situación social del país la posición del hombre y la mujer en el matrimonio se modifica sustancialmente. Ya hemos dicho antes cuál fue la función real de la dote del marido; con la estabilización del país esta función es ejercida por la dote de la mujer: es ésta —o su familia— quien tiene que ofrecer lo que antes tenía que ofrecer el hombre; con el tiempo, la mujer sin dote tendrá muchas dificultades para encontrar marido —y se llegarán a multiplicar las fundaciones que tienen por objeto dotar doncellas pobres, es decir: facilitar el camino del matrimonio a quien no dispone más que de sus cualidades personales.

Es natural que esta evolución se produjera antes en las ciudades y en las villas que en el campo, pues es en aquéllas que la estabilización social se produce más pronto. También es natural que, ante el silencio del *Liber Iudiciorum* con respecto a la dote de la mujer, la

costumbre del país se dirigiese a la única legislación completa, prestigiosa y coherente de la institución: el Derecho romano, con las pequeñas correcciones aportadas por la legislación canónica.

La dote de la mujer ofrecía posibilidades hasta entonces no conocidas —o no aprovechadas—. Por un lado puede contribuir no tan solo a la satisfacción de las *onera matrimonii* (*alere uxorem et liberos, dotare filias et huiusmodi*, dice nuestro Mieres) sino que, lo que es más importante, puede aumentar el patrimonio familiar, si hay hijos, y puede asegurar la subsistencia de la viuda sin peligro para el patrimonio originario. Tres funciones que se reparten, a lo largo de los tiempos y según los lugares, la prioridad.

En el campo, las funciones primera y segunda dominan netamente, en especial la segunda —ya que el aseguramiento de la viuda está cubierta con el usufructo universal que hemos visto antes—. En la ciudad —y principalmente en sus estamentos mercantiles— el usufructo universal ni tiene tradición ni encaja mucho con la naturaleza del patrimonio familiar —cuando lo hay— ni con las actividades de los ciudadanos; entonces la dote de la mujer sirve tanto para aumentar las posibilidades económicas del marido como para asegurar la subsistencia de la viuda de una manera más adecuada que con el usufructo vidual. En cuanto a la función que podríamos llamar de *precio* del matrimonio, tiene tanta importancia en el campo como en la ciudad —no en vano se dice de la mujer que es *post partum laboriosa, in partu dolorosa et ante partum onerosa*—.

El *Recognoverunt Procères*, que tuvo vigencia tanto en Barcelona como en las principales ciudades y villas de Cataluña da como perfectamente establecida la institución ya en el año 1283; la redacción de sus capítulos permite pensar tanto en la compatibilidad entre el sistema dotal romano y el establecido por el “Usatge” *Vidua*, como en su carácter abierto que permite llegar a cualquiera de las dos posibilidades extremas: *derecho de la mujer* a reclamar la dote —a cambio de perder su condición de dueña y señora—, o bien *derecho de los herederos* de hacerle perder esta condición mediante la restitución de la dote y pago del esponsalicio. Es evidente que la primera solución era más indicada para las economías campesinas y que la segunda lo era más para los estamentos mercantiles.

Tenemos razones para pensar que durante mucho tiempo no hubo una solución legal única; hay un cierto dramatismo en el hecho de que, en dos escrituras de capítulos —con muy pocos años de distancia entre una y otra— la situación jurídica básica implícita sea opuesta. En la primera, con fecha 21 de marzo de 1329 (redactada, por cierto, por un notario gerundense) se pacta un derecho de usufructo de garantía de la restitución de la dote en forma parecida a la regulada en el Capítulo VI del *Recognoverunt Procères*; en la segunda, con fecha 27 de febrero de 1339, se pacta el usufructo vidual universal. Es decir: las dos soluciones *son pactadas* porque no hay seguridad respecto de cuál de ellas prevalece legalmente. (Archivo del Palacio de Perelada, sección E, documento 70 y sección C, docu-

mento 212; transcritos en: Miguel Galobardes, *Els remences*, vol. II, págs. 112 y 120, documentos 113 y 119.)

Esta situación no duró mucho tiempo; Pedro III, en las Cortes de Perpiñán de 1351, aprobó la Constitución *Hac Nostra* con la que, adoptando los precedentes que se encuentran en el *Recognoverunt Proceres*, da vigencia en todo el Principado a la solución más extrema: el *derecho de los herederos* de poner término, después del año de luto, al usufructo vidual con la restitución de la dote y pago del esponsalicio. Si la viuda es indotada no tiene más remedio que vivir de lo que sea suyo, del propio trabajo, del patrimonio de su familia o, en último término, de la ayuda que le proporciona la *Auténtica Praeterea*: la cuarta marital. El problema planteado por la viuda —la necesidad de proveer a su mantenimiento— se resuelve de la manera más drástica, más barcelonesa y más impopular. Porque no se trata de un problema de *quantum* sino de algo mucho más importante; no se trata de sí —en caso de intestado del marido— la viuda tendrá el usufructo de la totalidad o de una parte más o menos importante del patrimonio; se trata de la privación del estatuto de *dueña y señora* y de *cabeza de familia* que hasta aquel momento la viuda había tenido.

Es realmente curioso el hecho de que aquel carácter accesorio y limitado del usufructo vidual universal que hace que se parezca más a un derecho de uso o de alimentos que a un verdadero usufructo —carácter que, por su absoluta lógica y por la costumbre generalizada aquí y fuera de aquí, fue recogido en la famosa *Consuetudo Bulgari*— una vez suprimida desde su raíz la vigencia del “*Usatge*” *Vidua*, pase, por obra de nuestros juristas clásicos, a los escasos derechos que la *Auténtica Praeterea* concede. La *Consuetudo Bulgari* (véase Savigny: *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, cap. XVIII, 1) fijada por el famoso glosador —que estableció que el usufructo vidual universal tenía que entenderse limitado a los vestidos, habitación y alimentos y comprendía la coadministración, junto con el heredero, del patrimonio familiar y comentada por todos los grandes juristas clásicos (véase la bibliografía contenida en Jacobi Menochii. *De praesumptionibus*, Libro IV, Presunción 189), fue aplicada sin contemplaciones a la cuarta marital que se configuró por nuestros autores y por la Jurisprudencia como un puro *derecho de alimentos* y se admitió como remedio subsidiario en el caso de la pobreza de la viuda y de sus padres y hermanos. (Fontanella: *De Pactis Nuptialibus*, vol. II, Cláusula V, Glosa VIII, parte octava, párrafos 40 y siguientes.)

Ya puede suponerse cuál fue la popularidad de la Constitución *Hac Nostra* —y cuál fue la bienvenida que se dio, exceptuados los estamentos interesados en su vigencia, a la *Auténtica Praeterea*. Ciertamente, el “*Usatge*” *Vidua* iba demasiado lejos, ya que imponía su solución imperativamente y en todo caso; pero la Constitución *Hac Nostra* llevaba las cosas al otro extremo y obligaba a resolver el problema de manera voluntaria —cuando no contractual—. Y esto fue lo que ocurrió: es a partir de entonces cuando empieza la cos-

tumbre ininterrumpida de conceder el usufructo universal testamentariamente o —cosa más importante— capitularmente. Todos los formularios notariales —utilizados hasta comienzos de nuestro siglo— son testimonio de ello. El mismo Fontanella, en el modelo de Capítulos Matrimoniales que sirve de base a su obra y que han usado durante siglos los notarios catalanes, incluye dicho usufructo en la Cláusula IV y lo explica largamente en la Glosa XXII; Josep Comes (*Viridarium Artis Notariatus*, Gerona, 1706, vol. II, cap. II, *De Pactis Nuptialibus*) y Jaume Morello (*Colección de contratos, pactos públicos y últimas voluntades*, Barcelona, 1827, vol. II, página 7 y ss.) no se abstiene de establecerlo como cláusula normal que no falta en ningún pacto capitular de herencia universal a favor del hijo que se casa.

Porque —y este hecho es importante— el pacto de usufructo universal vidual nunca se otorga entre los futuros marido y mujer, sino entre los padres heredantes; es el padre quien, al otorgar heredamiento a favor del hijo que se casa, reserva a favor de la madre el usufructo con el título de *dueña y señora*; parece como si, al contraerse el matrimonio, hubiese una primera etapa expectante durante la cual queda reservada la posibilidad de decidirse, según el aspecto que tomen las cosas en el nuevo matrimonio; pero cuando este matrimonio ha ido adelante, ha tenido hijos y casa su heredero, ya se sabe por dónde van las cosas y ha llegado el momento de asegurar plenamente la posición de la viuda —antes protegida, solamente con la propia dote y el esponsalicio prometido—.

El Derecho matrimonial catalán, en su etapa más brillante, se construye, pues, sobre la institución dotal —lo que presupone un régimen básico de separación de bienes y un origen voluntarista—, es decir, capitular. Los Capítulos matrimoniales se encuentran al principio de todo matrimonio que aspire a merecer la atención del Derecho Privado; y si estos Capítulos son la fundamental constitución patrimonial de la familia sirven siempre —como se ha visto— para corregir los efectos no deseados de la Constitución *Hac Nostra*.

Y esto hasta finales del siglo XIX; pero hay una circunstancia de la cual es preciso hablar: si hacia el siglo XIII el hecho de la falta de corriente migratoria del campo a la ciudad hace que nazcan dos costumbres contrarias e irreconciliables, que se produzca la victoria legislativa de la costumbre de la ciudad y que el campo la neutralice con el pacto capitular, ya no se puede decir lo mismo de toda la época posterior; con el establecimiento de la economía monetaria y el desarrollo de ciudades y villas, la inmigración campesina se inicia y aumenta hasta unas proporciones inicialmente impensables; pero con esta inmigración entra en Barcelona y en las otras ciudades una buena parte del espíritu del campo que se funde definitivamente con el pensamiento y espíritu urbanos. Desde el siglo XVII, Barcelona será, hasta hoy mismo, una mezcla de espíritu ciudadano y campesino. Por lo que se refiere a nuestro caso, con esta inmigración entra en las ciudades el concepto de *dueña y señora* y la veneración por la viuda *cabeza de familia*. Y serán los

Notarios de Barcelona los que introducirán en los testamentos —en Barcelona no se hacen heredamientos capitulares— la cláusula de usufructo universal vidual; costumbre que arraigará y continuará sin excepciones hasta mediados de nuestro siglo, momento en que otro cambio social obligará a repensar las cosas y a encontrar nuevas soluciones.

II. *Las donaciones entre marido y mujer*

El texto fundamental que, con la recepción del Derecho Común, obtiene vigencia en el Principado, pertenece al capítulo octavo de las Decretales (IV, 20) y dice así:

Donatio quæ constante matrimonio inter coniuges dicitur esse facta ex quo alter locupletior et pauperior alter efficitur, firmitatem non habet, nisi donatoris obitu confirmetur: quæ tamen penitus evanescit, si revocetur ab eo tacite, vel expresse, vel qui donatum accepit, prius debitum naturale persolvat.

Este texto es un reflejo, actualización y resumen del título primero del libro XXIV del Digesto; y basta con leerlo para darse cuenta de que se trata de una regulación que se opone violentamente a la costumbre y convecimiento catalanes. No tiene que extrañar, pues, que nuestro país pusiese en movimiento los procedimientos técnicos que ya conocemos a fin de obstaculizarle el paso y conseguir su neutralización.

Neutralización que tenía, Europa adentro, una tradición muy larga. Si Bartolo ya se había pronunciado respecto de la posibilidad de confirmar con el juramento los actos civilmente nulos (Comentario al fr. 56 Dg. 46, 1), habían sido los canonistas quienes habían resuelto la cuestión. En el comentario del Abad Panormitano al Canon *Cum Contingat* (*Secunda Pars domini Abbatis super secundo Decretalium*. Lión, 1511. *De iureiurando, Canon Cum contingat* párrafo 30) se dice que si el juramento no convalida los actos prohibidos en beneficio de tercero, por razón de buenas costumbres o por pública utilidad, este no es el caso de la prohibición de las donaciones entre marido y mujer que fue establecida en beneficio de los propios interesados. Más directamente, el mismo autor, al tratar de la prohibición establecida en el Cuarto de las Decretales, antes transcrita, se hace eco del argumento que aduce que este tipo de donación *fuit prohibita propter bonos mores, ne maritus et uxor ex nimio amore se spoliarentur adinvicem, sed iuramentum contra bonos mores non valet ut in regula non est obligatorium*; pero opone el hecho de que los doctores opinen lo contrario, ya que tiene que establecer la diferenciación entre *bonos mores naturales* y *bonis moribus civilibus*; distinción establecida por la misma ley en muchos casos, perfectamente comprobables, en que la eficacia del juramento es admitida en contra de las prohibiciones legales (Abbatis Panormitani. *Commentaria in quartum et quintum Decretalium*. Lión, 1586, hoja número 57).

Esta posición fue abiertamente sostenida por civilistas y canonistas. Fuera de España, Seraphinus de Seraphinis (*De privilegiis iura-*

mentorum, Francfort, año 1610) trata extensamente de la cuestión en el Privilegio LXXI (páginas 320 a 331) admitiendo como cosa indiscutida, la validación e irrevocabilidad de estas donaciones si se hacen con juramento. La misma opinión tiene Paulus Galleratus (*De renuntiationibus*, Venecia, año 1661) que trata del problema en la Centuria 89 (vol. II, páginas 256 y ss.). Lo mismo pasa en España: entre los canonistas Tomás Sánchez (*De matrimonio*, vol. I, Libro VI) trata extensísimamente de este tipo de donación planteándose en la Disputatio XI el problema *utrum donatio invalida inter coniuges confirmetur iuramento*, que, con una fabulosa erudición, contesta afirmativamente; entre los civilistas Juan Gutiérrez (*Tractatus tripartitus de iuramento confirmatorio*, Venecia, 1585 y 1609, Cap. III) sigue la misma opinión que es absolutamente dominante en todos los autores conocidos y estudiados.

¿Y en Cataluña? A nadie podrá sorprender que la doctrina citada fuese ampliamente aprovechada y admitida como solución única e indiscutible. Entre los civilistas, Cancr —que, conviene no olvidarlo, era un romanista más bien estricto— comienza por establecer la regla general: *De donatione inter virum et uxorem dic idem quod dictum est donatione inter patrem et filium, ut non valeat. Confirmatur tamen morte donantis, præcedente traditione donatorie superstiti* (*Variæresolutiones, Pars Prima*, cap. VIII “De donationibus”, párrafo 92), pero no se olvida de la doctrina admitida: *Estque sciendum hæc donatio inter virum et uxorem confirmatur iuramento*.

El mismo Fontanella, al tiempo que elude el problema, puesto que se trata de una cuestión no directamente contemplada en su *De pactis Nuptialibus*, no olvida referirse a la opinión de Sánchez que hemos visto antes (vol. II, cláusula X, Glosa Unica, Parte I).

Esto por lo que se refiere a la teoría; pero es más importante la pregunta de cuál fue la práctica catalana. En espera de la investigación a fondo del Archivo Histórico de Protocolos del Colegio de Notarios de Barcelona, basta por el momento con examinar los formularios y manuales de Derecho de que se sirvieron los notarios. Jeroni Gali (*Opera Artis Notariæ*, Barcelona, 1682) no admite otra fórmula de donación entre marido y mujer que la que es irrevocable y se hace con juramento (página 446); es curioso el carácter “teórico” de la cláusula fundamental:

Renuntio expressæ titulis sive legibus ff. Cod. de donationibus inter virum et uxorem factis et aliis quibuscumque legibus prohibentibus donationem fieri inter virum et uxorem et cuicumque alii lex dicenti, dictorium iurium renuntiationem non valere: adhærens me opinionioni nonnullorum Doctorum dicentium ac affirmantium donationem factam inter virum et uxorem iuramento validari et confirmari, quam opinionem sequendo ministerio iuramenti, firmam reputo et validam semper esse volo dictam donationem per me vobis dictæ uxori meæ factam, non autem ullo tempore revocabilem. Et ut prædicta, etc Iuro, etc.

En la explicación que seguidamente da, dice que, si bien las donaciones simples son jurídicamente nulas entre cónyuges si son

hechas después de la consumación del matrimonio, ya que no es posible que ellos se den nada, a fin de evitar que por un excesivo amor se arruinen el uno al otro, según la mayor parte de los autores estas donaciones se pueden confirmar mediante el juramento.

Josep Comes (*Viridarium Artis Notariatus*, Gerona, año 1706) admite, en el vol. I, Cap. 21, párrafo quinto, número 45, la misma teoría que aplica en el Volumen II, Cap. I, Sección V, página 125, transcribiendo una fórmula parecida a la de Jeroni Gali.

Vicens Gibert, en su *Theorica Artis Notariæ*, publicada en Barcelona el año 1772, traducida al castellano el año 1828 y reeditada y comentada por Félix María Falguera el año 1875, que fue hasta hace poco la obra de obligada consulta de los notarios catalanes, es'ablece que sin duda alguna, aunque por derecho común no son válidas las donaciones entre marido y mujer, si son confirmadas con juramento obtienen plena validez.

Jaume Morello (*Colección de contratos, pactos públicos, testamentos y últimas voluntades*, Barcelona, año 1827) sigue en el modelo de escritura contenido en la página 171 y ss. del volumen primero el ejemplo de Jeroni Gali:

"... Y prometo a la misma mujer que esta donación tendré siempre por valedera constante y no revocable por razón de ingratitud, pobreza, necesidad u ofensa ni por otro motivo; y para ello renuncio a la ley o Derecho que permite tal revocación y a las demás de mi favor; *y también en virtud del juramento infraescrito* renuncio expresamente a los títulos o leyes *ff. cod.* de las donaciones hechas entre el marido y la muger y demás leyes que prohíben tal donación y a la ley que dice que la renunciación de las dichas leyes y derechos no vale; aderiéndome a la opinión de algunos doctores que afirman y dicen que la donación hecha entre el marido y la muger, roborada con juramento es válida y se confirma; y siguiendo esta opinión con el ministerio del juramento infraescrito reputo por firme y quiero que siempre valga y que en ningún tiempo pueda ser revocable. Y para mayor firmeza de lo ante dicho voluntariamente, juro ante Dios N. S. que esta donación y todo lo arriba referido tendré siempre por firme y permanente y contra ello no vendré por ningún motivo o causa. Y la susodicha Clara N. acepto esta donación por el nombrado mi carísimo marido a mi favor otorgada, con demostración de gratitud."

Finalmente, queda por ver cuál fue la posición de los Tribunales ante el problema. Creemos que es suficiente la referencia a la opinión de Celsius Hugonis (*Consilia*, Lión, año 1586) que, al tratar en el Capítulo 115 de los efectos del juramento en la donación entre marido y mujer, dice que considera innecesario entrar en el *pelagus illud conflictus in utramque partem* de si estas donaciones son o no válidas: *In hac patria Cataloniae —dice— cessat hic conflictus opinionum quoniam Regiæ Audientię pro affirmativa consuevit sententiam ferre unde facit ius stabile pro dicta affirmativa.*

La doctrina, pues, tanto extranjera como española —de aquende y allende el Ebro— y tanto civil como canónica, admite la válida-

ción de esta especie de donaciones si se hacen con juramento; los formularios notariales permiten suponer sin grandes dudas que ésta fue la práctica constante —una práctica que había comenzado en el *Liber Judiciorum* y que a fuerza de ingenio y de erudición pudo ser mantenido hasta finales del siglo XIX—. Y la jurisprudencia no puso a ello ningún obstáculo; más bien al contrario, aclaró las cosas e impidió su discusión.

Esta fue, creemos, la realidad; el Derecho *realmente* vigente hasta la segunda recepción del Derecho Romano.

III. *El estatuto de la mujer casada*

a) *La capacidad contractual de la mujer.*—A lo largo de la etapa que estamos estudiando, la situación de la mujer casada y la medida de su capacidad jurídica no sufren cambio alguno. La opinión de los autores es unánime —tanto si se trata de teóricos como prácticos—. Cancer afirma rotundamente *rem esse extra controversiam, cum mulier sine licentia viri contrahere et obligare se possit, præterquam super rebus dotalibus in quibus viro præjudicare non postet* (*Variæ Resolutiones*, parte III, Cap. I, párrafo 155). Fontanella parte de esta base (*De Pactis*, vol. II, Cláusula VI, Glosa II, Parte VII) y lo mismo hacen todos los autores que se preocupan de la cuestión. A finales del período, Broca y Amell (*Instituciones del Derecho civil Catalán*, Barcelona, 1886, vol. I, página 367) son del mismo parecer e igualmente opina un práctico, Félix María Falguera (notas en: Vicens Gibert: *Teórica del Arte de Notaría*, Barcelona, año 1875, página 118, nota XX) al decir que, en cuanto a los bienes parafernales: *la mujer puede contraer libremente sobre ellos, venderlos y en otra manera enajenarlos o gravarlos sin consentimiento ni intervención de su marido*. De la *Costum 22* de las *Commemoracions* de Père-Albert hasta la segunda mitad del siglo XIX, nuestro Derecho, por lo que hace referencia a la plena capacidad de la mujer casada, no sufre variación alguna.

b) *La intercesión de la mujer a favor del marido.* Hay que reconocer que, con la primera recepción del Derecho común, entrarón en nuestro país cosas ciertamente extrañas. Quizá la más extraña de todas sea el Senadoconsulto Velezano; no deja de producir una cierta sorpresa el hecho de que durante siglos se haya dicho y repetido que este Senadoconsulto —con todos sus añadidos y complementos— era vigente en nuestro país, cuando desde un principio lo que realmente se convierte en costumbre enraizada es la renuncia a sus beneficios. Con los ojos actuales resulta bastante grotesco hablar de un beneficio que se puede renunciar en el mismo momento de contraer la obligación y que se renuncia siempre, porque sin esta renuncia el derecho del acreedor es más bien ilusorio; uno se pregunta si puede haber algún acreedor que admita la obligación con la reserva del beneficio —y, especialmente, si se puede contraer una:

obligación *de buena fe*—, reservándose el privilegio Velejano. La costumbre catalana es manifiesta: la primera noticia que tenemos del Senadoconsulto, durante la época de la recepción consuetudinaria, la tenemos, solamente, por su renuncia explícita: la hemos encontrado en el Cartoral de San Cugat del Vallés en el año 1234 (vol. III, doc. 1.236, página 440 y ss.) y con posterioridad; casualmente la hemos encontrado también en el Archivo de la Catedral de Barcelona (Diversorum A 2.472) en el año 1274. Pero la redacción de estos documentos hace creer que la cosa venía de mucho tiempo atrás, ya que es muy trabajada y hace referencia a materias tan sofisticadas como la *cercioratio* —calificada por los autores posteriores de *apicibus iuris*.

Hablamos del Senadoconsulto Velejano, ya que la doctrina romanística partió siempre del principio de que la Auténtica *Si qua mulier* no era otra cosa que una aplicación de aquél al caso particular del afianzamiento de deudas del marido con un remedio más radical que el concedido en la norma general contenida en el Senadoconsulto; esto hacía que la teoría general comprendiese también este caso particular sin perjuicio del estudio de sus especialidades.

La teoría general vigente en todas partes —y no digamos en Cataluña— era la siguiente (una exposición completa de la materia se puede encontrar en Seraphinus de Seraphinis, *De privilegii iuramentorum* Privilegio 63 — *Iuramentum habet vim certiorationis*, Privilegio 64 — *Iuramentum inducit præemptionem maioris deliberationis*, Privilegio 99 — *Mulier cum iuramento potest renuntiare S. C. Velleiano*): el beneficio del Senadoconsulto es perfectamente renunciabile; la renuncia no es válida si el renunciante no sabe cuáles son sus derechos; por tanto, la eficacia de aquella renuncia sólo se produce si el interesado ha sido *cerciorado* de ella; no es suficiente que el notario afirme el hecho de la *cercioratio* —por la sencilla razón de que puede tratarse de una cláusula de estilo sin contenido real—. Pero si se ha dicho que el juramento crea la presunción *iuris et de iure* de reflexión y de conocimiento, aquella renuncia si va acompañada de juramento, es inatacable.

Como ilustración de esta teoría podemos hacer referencia a la anécdota divertida —y probablemente inventada— que explica Gali (*Opera Artis Notariæ*, cit., página 81): un notario había incluido en la escritura el pacto en que una mujer renunciaba al Senadoconsulto Velejano y que la había cerciorado de sus derechos; habiéndose producido pleito y habiendo alegado la mujer la falta de *cercioratio*, fue interrogado el notario, el cual se ratificó en lo que decía la escritura; pero preguntado el notario sobre cuáles eran los derechos y los beneficios que el Senadoconsulto concedía, contestó que lo ignoraba; como consecuencia, el notario fue condenado como falsario.

Tratándose de la nulidad establecida por la Auténtica, tampoco hay dificultades. El mismo Seraphini —y, con él, todos los autores que hemos podido consultar— sostiene, en el Privilegio 118, que, por un lado, se presume *cerciorata* la mujer que, con juramento,

intercede por su marido; y, por otro, que, con el juramento, queda confirmada la obligación y neutralizada la nulidad. La misma doctrina encontramos en Galleratus (*De renuntiationibus*, citado, Libro II, Centuria 63) y en Gutiérrez (*De iuramento confirmatorio*, citado, Capítulos 20 y 55).

La posición de los autores clásicos catalanes, perfectamente de acuerdo con la expuesta más arriba, ya ha sido expuesta por Angel Latorre ("Revista jurídica de Cataluña", número extraordinario del 75 aniversario, año 1970, páginas 115 a 136). A lo que este autor dice tan acertadamente solamente podemos añadir lo que sigue:

Cancer (*Variæ Resolutiones*, Parte III, Cap. I, párrafo 105) admite la plena eficacia de la intercesión hecha por la mujer a favor de su marido, con juramento, haciendo constar que, si como consecuencia de esta intercesión, queda la mujer *in totum vel in magna parte indotata, præsumi factam metu reverentia et etiam iuramentum metu extortum*. (Véase, en el mismo autor y obra, el Capítulo 15 de la Parte III.) Con este antecedente, se entiende perfectamente la posición de Fontanella quien, dada la enraizada costumbre de renunciar y jurar, ni tan sólo se preocupa de discutir ni de demostrar su eficacia; se limita a tratar —muy extensamente: Cláusula VII, Glosa II, partes 5 a 8 del *De pactis Nuptialibus*, citado, vol. I— de las causas de nulidad del juramento y, muy particularmente, de la intimidación y de la *læsio enormissima* considerada como presunción de intimidación.

La práctica siguió el mismo camino ya iniciado a principios de la recepción: Jeroni Gali (*Opera Artis Notariæ*, citada, página 81) lo demuestra claramente al decir:

Et aliud est iuris auxilium mulieribus competens, sumptum ex auctentica incipientei Si Qua Mulier, Cod. ad Velleianum, dicit, quod si quæ mulier se obligaverit cum marito in aliquo instrumento, vel seipsam obnoxiam pro marito fecerit, talis obligatio, seu consensus nullus est, servatur mulier ilaesa, nisi manifeste probetur quod pecunia inde habita fuit in utilitatem mulieris conversa, et potest renuntiare si certioretur et tunc tenet obligatio et huius renuntiationis forma in instrumento sic scribi potest: Et renuntio ego dicta mulier, specialiter et expresse, cum iuramento, certiorata prius per Notarium infrascriptum beneficio auctenticæ incipientis, Si Qua Mulier, Cod. ad Velleianum et omni alii iuri mihi quoquomodo iuvanti.

De la misma manera, Vicens Gibert (*Teorica Art Notariæ*, citada, título 15) presupone la renunciabilidad de la Auténtica; y es sintomático que un autor tan exigente en materia de renunciaciones como Félix María Falguera admita, en la nota que pone en la edición de 1875 de la obra de Gibert, esta renunciabilidad como costumbre establecida y admitida (página 57). Broca y Amell (*Instituciones*, citada, vol. II, página 256) llegan a afirmar los plenos efectos de la renuncia de la Auténtica, aunque se haga sin juramento.

c) *La Presunción Muciana*. Otra de las instituciones extrañas a nuestro Derecho e importada con la recepción del Derecho común fue la Presunción Murciana. Desdichadamente, la renuncia (?) a esta

presunción no tiene ningún sentido, lo que hace que su neutralización sea consecuencia más del no uso que de una costumbre contraria. Sus reflejos en nuestros expositores son escasísimos: Mieres (*Apparatus super Constitutionibus Curiarum Generalium*, Barcelona 1621, parte primera, página 313) hace, en la *Collatio Sexta*, Capítulo de *Emancipatione et foriscasatione*, una referencia incidental a ella de un par de líneas (párrafo 25). Cancer se plantea algo más extensamente el problema *an præsumptionem illam opponere potest alius quam vir eiusve hæredes*; la respuesta es contundente y absolutamente negativa, porque *quid enim ad extraneum de turpi suspicionem ex quo constat mulierem acquisivisse?* El planteamiento y la respuesta demuestras suficientemente que el Fr. 15, Dig. 24,1, fue considerado como un precepto de carácter preferentemente ético y solamente fue establecido *evitandi autem turpis quæstus gratia circa uxorem* —como dice el mismo fragmento.

No hemos encontrado ninguna otra referencia a esta presunción; ni Fontanella ni los autores posteriores hasta la segunda mitad del siglo XIX hablan de ella —cosa que no tiene que extrañar a nadie: si la costumbre establecida en Cataluña permite la validez e irrevocabilidad de las donaciones entre marido y mujer y si, como dice Cancer, la presunción se ha establecido sólo en beneficio del marido y de los herederos, su importancia se vuelve mínima —para no decir nula— a pesar de la atención y los esfuerzos que a ella ha dedicado la doctrina foránea. (Véase Jacobus Menochius, *De pæsumptionibus*, Liber tertius, Præsumptio 51, especialmente los párrafos 28 y ss.) Las cosas cambiarán —¡y no poco!— con la segunda recepción del Derecho Romano.

APENDICE

EL SISTEMA LEGITIMARIO Y LA SUCESION INTESTADA

No quedaría completo este resumen de nuestro Derecho matrimonial hasta finales del siglo XIX sin una alusión a los sistemas legitimario y sucesorio intestado. Pedagógica y sistemáticamente se trata de una materia perteneciente al Derecho sucesorio; pero no hay que olvidar que esta separación rompe una realidad no divisible: el derecho matrimonial y el Derecho sucesorio forman una totalidad y, en nuestra tierra, están estructurados e íntimamente ligados con una principal finalidad: la conservación y transmisión familiares del patrimonio —a ser posible sin disminución ni desmenuzamiento.

Nominalmente el sistema legitimario fue establecido en la ley gótica: la legítima de los ocho quinceavos —a partir por partes iguales entre los hijos—; los siete restantes podían atribuirse desigualmente como mejora (excepto en Barcelona, donde parece que por el Capítulo segundo del *Recognoverunt Proceres* el padre podía disponer de ellas libremente). Si fue o no fue aplicada esta norma no es fácil averiguarlo. Lo que sí se ha probado (véase Eduardo de Hinojosa: *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña*,

Madrid, 1905, páginas 158 y ss.) es que la exigencia de indivisión de las prestaciones feudales —y más tarde enfitéuticas— impuesta por los señores, lleva, poco a poco, a la costumbre del heredero único —de tanta tradición en nuestra tierra—, costumbre que, curiosamente, establece la posibilidad de conservación de los patrimonios medianos y pequeños, mientras los patrimonios señoriales y condales continúan sujetos a la necesidad de división entre los hijos —cosa que se practicó con gran entusiasmo y no poco daño para la vida política de Cataluña—. La institución de heredero único se hizo legalmente posible con la constitución aprobada en las Cortes de Montblanc de 1333, que ordenó para toda Cataluña la limitación de la legítima a la tercera parte; la Pragmática derogatoria del Capítulo segundo del *Recognoverunt Proceres* del primero de marzo de 1343, que estableció, para los barceloneses, la legítima de la cuarta parte; y la extensión a todo el Principado de este privilegio y la posibilidad de pagar la legítima con dinero que permitió la Constitución aprobada en las Cortes de Monzón en el año 1585.

Ya hemos dicho antes cuáles fueron los efectos —totalmente favorables para la economía del país— que estas disposiciones produjeron.

En cuanto a la sucesión intestada, refleja, desde los inicios condales de nuestro Derecho hasta hoy mismo, el carácter marcadamente patrimonial de nuestro Derecho matrimonial y sucesorio; éste tiene un objetivo obsesivo: evitar que el patrimonio salga de la familia; en este sentido, la mujer es un grave peligro que hay que evitar: la dote del marido, la posterior de la mujer, el esponsalicio y los capítulos matrimoniales tienen como finalidad conseguir que el aseguramiento de la subsistencia de la viuda no afecte al patrimonio familiar; las leyes que establecen el orden sucesorio intestado forman parte del sistema: en el *Liber* la viuda no sucede al marido mientras haya descendientes, ascendientes o colaterales hasta el séptimo grado; con la recepción del Derecho común y hasta la ley del 16 de mayo de 1835, la mujer tiene derecho a la herencia después de los colaterales de décimo grado; desde esta Ley, después de los colaterales de cuarto grado. (El derecho feudal introdujo la *intestia* —que no desapareció hasta el siglo xv con los *mals usos*—, pero constituye una desviación abusiva y vejatoria al margen del sistema.)

Sea cual fuere el grado de los colaterales llamados, este conjunto de preceptos no tiene ningún sentido si no se considera como medio establecido con el fin de asegurar la permanencia de un patrimonio antiguo dentro de una familia —por eso hemos hablado de la vigencia de un sistema *troncal*; existe el pensamiento tácito de que se trata *siempre* de un patrimonio familiar que se mantiene a lo largo de las generaciones. Y no se puede negar que algo hay de cierto en esta suposición; al menos hasta mediados del siglo xix, momento en que se cierra la época en que el Derecho civil es exclusivamente un Derecho de hacendados.

LA SEGUNDA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO

En el año 1883 se publica, difunde y alcanza un enorme éxito la *Memoria acerca de las Instituciones de Derecho civil de Cataluña* que, de acuerdo con lo que prevé el artículo cuarto del Real Decreto de 2 de febrero de 1880, había escrito don Manuel Durán y Bas. Esta Memoria va seguida de un articulado de sus conclusiones y precedida de una extraordinaria Introducción a la que haremos continuada referencia.

Se trata de una obra fundamental tanto en la historia de nuestro Derecho como en el *currículum* de su autor; de un hito que cierra una época e inicia otra, pretendiendo presentarse como un resumen cuidado, meticoloso y exacto del Derecho civil vigente en Cataluña. Por lo que se refiere al Derecho aplicable a las relaciones entre cónyuges, fija los siguientes principios:

a) la plena y absoluta capacidad de la mujer casada para la administración, disposición y defensa de los bienes parafernales, contrariamente a lo que ya entonces venía siendo práctica, impuesta por el Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros, de la licencia marital. Este principio está enunciado y desarrollado en los artículos 92 y siguientes del articulado.

b) la plena y absoluta vigencia del canon 20, Capítulo VIII, del Cuarto de las Decretales en el sentido de la revocabilidad *ad libitum* de las donaciones entre marido y mujer —incluso las remuneratorias—. Su formulación se encuentra en los artículos 98 al 107 del articulado.

c) la plena y absoluta vigencia del Senadoconsulto Veleyano y de la Auténtica *Si qua mulier*; los beneficios del primero son renunciabile, pero no los de la segunda, ya que se trata de un caso de nulidad; pero considera subsistente el privilegio barcelonés del Capítulo II del *Recognoverunt Proceres*. Su formulación se encuentra en el artículo 187.

d) la plena y absoluta vigencia de la presunción Muciana que se preconiza pase a ser norma de vigencia general en el futuro Código civil —se recoge en el artículo 99.

En cuanto a las posibilidades de renuncia y juramento, además de los que se ha dicho del Senadoconsulto Veleyano, hay dos normas especiales:

a) posibilidad de que la mujer pueda vender la cosa dotal inestimada si obtiene el consentimiento del marido y jura (artículo 54).

b) validez de la renuncia a la legítima si se hace, en vida del padre, al otorgarse alguna donación en pago de la misma; y esto, aunque no haya juramento (artículo 285).

Pero más importante que todo lo que se ha dicho es lo que Durán y Bas admite respecto del juramento; según la Memoria, es nulo el juramento hecho bajo violencia, con lesión enorme, en perjuicio de tercero o añadido a un acto ilícito según el Derecho natural o el canónico. En el articulado va un poco más allá y dice:

El juramento promisorio tiene fuerza de obligar ya a favor de ausentes, ya en contra de los menores por sus actos, siempre que haya justa causa, sea lícito el acto y tenga discernimiento y libertad el que lo preste. El dolo, la lesión enorme, la falta de verdad y la fuerza o miedo lo invalida.

Para accionar o excepcionar a pesar del juramento es indispensable que haya precedido la relajación de él, a los efectos civiles por la Autoridad eclesiástica, del que lo ha prestado.

Es decir: el juramento sólo es posible en los casos concretos en que la misma ley, explícitamente, lo acepte.

El contraste entre la formulación de Durán y Bas y lo que, según hemos visto antes, era derecho realmente vivido, no puede ser más total; y es obligado que nos preguntemos cuáles fueron las causas y motivos de lo que se presenta como una violenta solución de continuidad en la historia de nuestro Derecho civil.

La historia empieza en un muy concreto y preciso 11 de septiembre y tiene una duración de siglo y medio, lo cual quiere decir que, dada la duración del proceso, sus protagonistas —con la extraordinaria excepción de Durán y Bas— lo viven sin darse cuenta de lo que está pasando.

Ya hemos visto cuál era la situación de las instituciones matrimoniales catalanas; pero no hemos hablado mucho de algo más importante: de la estructura de nuestro Derecho a principios del siglo XVIII.

El Derecho civil catalán es, no sólo fundamentalmente, sino *radicalmente*, consuetudinario; su desarrollo histórico ha hecho que, tratándose de intereses privados, se entienda que prevalece el pacto libremente convenido —y que, a falta de pacto, *consuetudo item potest quod pactum*, como dice Socarrats. Esta *consuetudo* no quiere decir, sin embargo, conducta repetida: esto sería someterse a un tradicionalismo esterilizador. *La costumbre jurídica* —dice Durán y Bas— *no es la expresión de una tradición sino de una idea común, de un modo general de concebirse por la conciencia popular la regla jurídica* (Introducción, citada, página X). Lo que es decisivo no es la repetición de actos sino la existencia de lo que el mismo autor llama *conciencia social* (Introducción, página XLIII); y es esta conciencia social, esta coincidencia en una misma tabla de valores, en un mismo concepto de lo que es justo, la que se encuentra tanto en el origen como en el posterior desarrollo de nuestro Derecho civil.

Si, a fin de ilustrar su estructura básica, buscamos sus raíces históricas, nos encontramos con unos fundamentos romanos —inicialmente contenidos en el *Liber*, más tarde sistematizados por la escuela de Bolognia— que constituyen el estrato indiferenciado y *común* a todos los Derechos peninsulares y continentales. El Derecho no se constituye sobre la nada; sobre este color de fondo —común a toda Europa— consuetudinaria e inconscientemente vivido se va dibujando, por contraste, las instituciones catalanas. Decir que nuestro Derecho es fundamentalmente romano es una verdad a medias.

enunciada en forma ambigua y desorientadora; porque esta no es una característica del Derecho Catalán, sino, al contrario, lo que le hace asemejarse —lo que tiene de *común*— con todos los Derechos europeos: *todos los Derechos continentales son fundamentalmente romanos*. Lo que es característico catalán —o castellano, o francés o alemán o italiano— se construye *contra* el Derecho común; aquí es la enfiteusis, los capítulos, las herencias, el derecho de pagar la legítima con dinero, las sustituciones fideicomisarias, el legitimario no heredero, el esponsalicio, las renunciaciones, los juramentos, etc., etc.; y todo esto se introduce lentamente, por pacto, por costumbre y, cuando no hay más remedio, porque ni el pacto ni la costumbre pueden alcanzar el resultado que el sentido de la justicia exige, por la ley paccionada que nunca es *quod principe placuit*, sino cristalización y formalización de lo que socialmente se cree justo. La costumbre *secundum, præter* o *contra legem* es soberana, porque no es otra cosa que la *conciencia social* y ésta prevalece sobre las leyes escritas; y esto tanto si se trata de la conducta privada como de los deberes de los Tribunales: *hic non curamus de legibus et canonibus, nisi in quantum sunt rationalia*, como dice Mieres (*Apparatus*, Collatio II, 162). Si la ley lleva a un resultado justo, mejor que mejor; si el resultado a que lleva es injusto, peor para la ley: *ubi ratio vincit legem, possumus facere contra legem, rationi adhaerendo* (Collatio 7, capítulo I, párrafo 26). La doctrina catalana no admite, sobre eso, duda alguna: *propter casus emergentes* —dice el mismo Mieres— (*Apparatus*, col. 6, cap. I, párrafo 11), *licitum est transgredi leges, et ubi est necessitas vel evidens utilitas, iustum est recedi et constitui novum et contra illud quod olim iussum fuit et ita fuit factum, et hanc servamus inconcusse*. Lo mismo opina Peguera (*Decisiones*, Capítulo 51): *aut evenit casus in quo lex universalis quæ ut in pluribus rectitudinem continet, deficit; et in illo caso in quo deficit, observatio ipsius legis declinat a rectitudine adeo quod iniqum esset in illo casu legem illa non servare*.

A la costumbre como fuente primordial del Derecho sigue la ley autóctona —que no es más que *recordatorio* del Derecho consuetudinario—, a fin de que *així lletrats com no lletrats e mers llecs e per consegüent* —dice la Constitución aprobada por las Cortes de Barcelona de 1413— *mills puixen saber llur dret e justícia*. *Scriptura non intervenit ut ius scriptum per eam fiat* —dice Socarrats— *sed ut memoria commendetur*; la ley no es otra cosa que la fijación escrita de la costumbre: *quoties consuetudo transit in legem scriptam, perdit nomen consuetudinis et vocatur lex*. Y esta fijación nunca es definitiva porque, si procede de la costumbre, de la costumbre depende: *nullum est enim ius mere positum quos consuetudine mutari non possit*.

A la ley autóctona sigue el Derecho común —*siempre que no lo contradiga el pacto*—; tratándose de Derecho común, no de Derecho municipal, tratos rompen leyes; y es aquí donde entra la disciplina de las renunciaciones y los juramentos confirmatorios. Esto hace que la denominación “derecho supletorio” tenga doble significado; el De-

recho común es supletorio del Derecho autóctono, pero también lo es del pacto, lo cual quiere decir que *siempre es Derecho dispositivo, nunca norma imperativa* que pueda pasar por encima de la voluntad de los interesados.

La consecuencia de todo lo que se ha dicho es que, en el terreno práctico, el Derecho Catalán sólo puede conservar su espíritu si se dan las dos condiciones siguientes:

Primera. Un constante cuidado y vigilancia por parte de los propios interesados. Nuestro Derecho es eminentemente voluntarista; con muy pocas excepciones, las relaciones jurídicas quedan reguladas por la voluntad privada: el catalán tiene que adoptar una posición activa en la regulación de sus intereses. Hay un Derecho básico —el Derecho común— que no concuerda mucho con el espíritu del país, lo que hace que, con los procedimientos que ya hemos visto, tenga que ser constantemente neutralizado. Es esencial tener en cuenta que, en Cataluña, la costumbre no es la simple repetición de actos, sino la conciencia social de la justicia de ciertas normas de conducta; aunque se cuenten por millares las veces que se haya renunciado a los beneficios del Senadoconsulto Veleyano o a la revocabilidad de las donaciones entre marido y mujer, no por esto se crea una costumbre contra la ley; si no se quiere que la obligación pueda ser excepcionada o la donación revocada, tiene que incluirse en el contrato la correspondiente renuncia o juramento; por muchas veces que se pacte capitularmente o se disponga testamentariamente el usufructo vidual —aunque sea siempre y que no se dé ningún caso en que el pacto o la cláusula falten— el descuido, el olvido o la voluntaria omisión dan paso a la norma jurídica supletoria de la voluntad. Nuestro Derecho está constituido por un conjunto de elementos que se encuentran en equilibrio *dinámico*; no se trata de un sistema de normas vigentes y *basta*, sino de un sistema en el cual un número muy elevado de normas tiene una *vigencia neutralizada* por el pacto. Nuestro Derecho está construido como una *catedral gótica*: protege porque planea por encima de los que se cobijan en él; no aplasta porque los arbotantes —renuncias y juramentos confirmatorios— la sostienen. El equilibrio es magnífico, pero, al mismo tiempo, peligroso: la vigilancia por parte de los propios interesados tiene que ser constante.

Esto, que puede parecer injustificado y extraño, tiene dos consecuencias importantes: en primer lugar, el catalán se acostumbra a ser un hombre *jurídicamente consciente*; el sistema, como dice Durán y Bas, se basa en la previsión de los contratantes que no viven en la confianza de que la ley lo resuelva todo, sino con la conciencia de que es el propio interesado quien tiene que prever libremente las cosas. En segundo lugar, esta necesaria vigilancia da un papel socialmente importante al notario —el que conoce las leyes y sus peligros e informa de ello a los interesados, el que incluye en los actos y contratos todas las cláusulas necesarias para que produzcan el efecto conscientemente querido. Nuestro Derecho da un margen de libertad

extraordinario —e impone un no menos extraordinario sentido de responsabilidad, opuesto a todo providencialismo jurídico.

Segunda. Si ni la ley ni la costumbre tienen nada que ver con la voluntad del Príncipe; si la palabra *Derecho* no equivale a la palabra *Ley*, y si la *vigencia* no se confunde nunca con la *promulgación*, la función del *Juez* se vuelve primordial, difícil y delicada. El juramento de los Jueces castellanos (*Ordenanzas Reales de Castilla*, Libro II, título 4, Ley 8) dice así:

Juramos a vos el rey y la Reyna que así como vuestros oidores y jueces obedeceremos vuestros mandamientos que vos, el dicho señor rey y la Reyna y cualquier de vos nos hicieredes por palabra o carta o mensajero cierto; ...Otrosí, que los pleitos que antes nos vinieren, que los libraremos lo más aína y mejor que pudiéremos, bien y lealmente por las leyes de los fueros y derechos y leyes y ordenanzas de vuestros reynos.

En contraste total, el juramento de los jueces catalanes (*Constitucions*, vol. I, llibre I, títol 48, llei 8) dice así:

Jur jo a vós el rei e a tot el poble de la mia vegueria que en aquesta vegueria en la qual vos me metets m'hauré llealment mantinent dret e justícia ...e los plets qui vendran en mon poder espatxaré, de mon poder, com pus tost poré segons dret e raó.

El *Juez* tiene que juzgar *segons dret e raó* —lo cual hace que la *justicia*, la *equidad* y el *arbitrio judicial* sean los protagonistas de nuestro sistema y que, si el juez tiene que conocer el *Derecho* escrito, tiene que conocer más aún la *conciencia social*, el sentido popular de lo que es justo y de lo que no lo es, que puede constituir una costumbre contra la ley o puede hacer que, en un caso particular, la ley tenga que ser olvidada.

La consecuencia es clara: el *Juez* no puede ser ni un teórico ni uno extraño a la psicología del país; tiene necesidad de conocer aquella conciencia social —y, para conocerla, tiene que vivirla, tiene que sentirla y tiene que participar en ella como un miembro más de la comunidad; el *Derecho* —que se identifica con el sentido de lo que es justo— no se puede aprender, se tiene que vivir. A cambio de esto, el juez tiene una amplia libertad para decidir —comprendiendo antes la conciencia social— lo que es justo y lo que no lo es; y puede hacerlo directamente, sin ocultarse ni decidir en justicia fingiendo —porque la ley se lo exige— que está *interpretando* la Ley escrita.

No tiene que extrañar, pues, la importancia que en Cataluña tiene la jurisprudencia; las Cortes de 1542 y 1547 ordenaron la publicación —a cargo de la Diputación del General— de las decisiones de la Real Audiencia; a lo largo del siglo XVIII las obras jurídicas más importantes —de Fontanella, Cortada, Caldero, Tristany, Peguera, Ramón, Ripoll, Xammar— son comentarios a las Sentencias de los Tribunales.

Sobre esta realidad uno puede preguntarse cuáles fueron los efectos del hundimiento de 1714. Hay que hablar, naturalmente —y

se ha hablado mucho de él—, del Derecho de Nueva Planta y de la supresión de nuestro principal órgano legislativo. Pero creemos que el hecho no tuvo, en el campo del Derecho civil, demasiada importancia; nuestro sistema jurídico era, ya, una estructura abierta, adaptable y no excesivamente necesitada de leyes, al menos mientras no se produjeran cambios sociales revolucionarios. Es suficiente recordar que a lo largo del siglo xvii, no se dictó ni una sola disposición —Constitución o Pragmática— de alcance civil. El Decreto de Nueva Planta es consecuencia y aplicación de algo más importante y decisivo que su promulgación: la importación de un espíritu radicalmente contrario al nuestro. La formulación precisa y exacta de este espíritu fue hecha años antes en el Decreto con el que desaparecían los privilegios de Valencia y Aragón (29 de junio de 1707. *Novísima Recopilación*, Libro III, Título III, Ley 1ª).

“... y tocándome el *dominio absoluto* de los referidos Reynos —dice Felipe V—, pues a la circunstancia de ser comprendidos en los demás que tan legítimamente poseo en esta Monarquía, se añade ahora la del *justo derecho de la conquista* que de ellos han hecho últimamente mis Armas con el motivo de su rebelión; y considerando también que *uno de los principales atributos de la Soberanía es la imposición y derogación de leyes*, las cuales con la variedad de los tiempos y mudanza de las costumbres podría yo alterar, aun sin los graves y fundados motivos y circunstancias que hoy concurren para ello...; he juzgado por conveniente (así por eso como por mi deseo de reducir todos mis Reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo) abolir y derogar enteramente como desde luego doy por abolidos y derogados todos los referidos fueros, privilegios, práctica y costumbre hasta aquí observada; *siendo mi voluntad que estos se reduzcan a las leyes de Castilla* y al uso y práctica y forma de gobierno que se tiene y ha tenido en ella y en sus Tribunales sin diferencia alguna en nada.” (Los subrayados son, naturalmente, nuestros.)

El Decreto es un verdadero *programa* y la expresión de una concepción del Derecho que, desde entonces, se intentará aplicar en toda su extensión y sin compromisos ni claudicaciones. No falta nada en él: el *dominio absoluto*, el *derecho de conquista*, la *uniformidad* —que, como se puede ver, no quiere decir una imposible armonización de los Derechos peninsulares, sino la simple imposición en todas partes de las leyes de Castilla *tan loables y plausibles en todo el universo*. Pero, dejando de lado estos detalles, nos interesa más subrayar la importante afirmación de que *uno de los principales atributos de la Soberanía es la imposición y derogación de las leyes* —y la no menos importante real decisión de derogar algo tan poco derogable como son *las prácticas y costumbres*: esto equivale a decir que el Derecho es lo que place al príncipe —o al legislador.

Las consecuencias de este programa —consecuencias que se irán imponiendo lentamente— son:

a) La sustitución de un Derecho vivo, sentido, adaptable, consuetudinario, por un Derecho escrito, rígido y oficial; el Derecho no es la justicia, sino la Ley; y ésta sólo puede ser modificada por otra Ley.

b) El establecimiento del principio de legalidad: quien actúa dentro de los términos de la ley tiene plena seguridad jurídica —aunque la sociedad entera proclame la injusticia de su comportamiento.

c) La posibilidad —que acabará no escandalizando a nadie— de la perfecta legalidad de comportamientos socialmente no decentes —y de la ilegalidad de comportamientos perfectamente decentes.

d) La generalización del concepto de jurista como hombre concededor de textos oficiales —no del Derecho ni de la sociedad a la que se aplica la norma ni de la tabla de valores de aquélla. El jurista teórico o práctico no sólo puede ser nómada, fungible y apto para serlo en todas partes, sino que puede aplicar el Derecho a distancia sin conocer tan sólo la sociedad de que se trata.

e) Fundamentalmente, el Derecho es la Ley y la Ley se encuentra ya establecida y fijada, no solamente en las publicaciones oficiales, sino en tratados y manuales. Basta con poseer *el libro* —cuanto más pequeño y resumido mejor— para poseer el derecho y la capacidad de aplicarlo. Si existe algún Derecho no resumido ni fijado en un pequeño libro —como el Derecho Catalán— pueden pasar y pasarán las cosas más insospichadas.

Hemos dicho que con Durán y Bas se produce una fractura, una solución de continuidad; pero creemos que la solución de continuidad esencial —porque se produce en los mismos fundamentos del sistema— se encuentra aquí: en el espíritu cesarista, legalista, literalista que se superpone a un sistema jurídico que, se dice, continúa vigente en toda su integridad.

La historia social del siglo XVIII, ya ha sido escrita y se puede resumir fácilmente: después de 1714, los catalanes adoptan la actitud que han adoptado al día siguiente de cada paliza histórica: se desentienden de una política peninsular de la que sólo saben que se propone, bajo la consigna de la unidad nacional, la supresión de las “diferencias” territoriales; dejan la política y la administración del país, porque no pueden hacer otra cosa, en mano de los *botiflers* de turno, y dedican la propia actividad a lo único que les es permitido: trabajar y enriquecerse. La historia jurídica no ha sido escrita y no somos nosotros quienes podamos llenar este vacío. Basta con saber que deja de enseñarse el derecho catalán y que la obra más importante que durante este siglo se publica no es otra cosa que un pequeño manual para prácticas: la *Theorica Artis Notariæ*, de Vicens Gibert (año 1772). Por tanto, podemos decir que, en el campo jurídico, en Cataluña se hizo un silencio como de un siglo; pero el espíritu introducido —o radicalizado— por la nueva dinastía iba produciendo sus resultados inevitables: se revelan claramente cuando en el año 1820 —en plena fiebre codificadora y unificadora— se produce la polémica, que hoy puede parecer grotesca, sobre el Derecho supletorio

de Cataluña (la historia de los hechos puede leerse en la *Historia del Derecho de Cataluña*, de Guillermo María de Broca, páginas 426 y siguientes), polémica en la cual se pueden ver los efectos de la lenta sustitución de los juristas catalanes por los forasteros y la desnaturalización de la idea del Derecho que se produce entre los mismos catalanes. El Fiscal de la Audiencia nos habla de “lo difícil que era el que los Fiscales que venían de otras provincias siguiesen un método uniforme y constante en la sustanciación de las causas cuando el particular de aquí *no se enseña en ninguna Universidad ni Academia Pública*, sino sólo se aprende con el *estudio de libros* de este país poco conocidos fuera de él y con la práctica de sus Tribunales y Juzgados”; “apenas hay en la Audiencia pleito alguno en que no se citen leyes generales del Reino juntamente con las canónicas y romanas... y en muchísimas se ve que los abogados se valen de las primeras contra lo establecido en las que componen el Derecho supletorio de Cataluña si así les conviene para sostener las pretensiones de sus clientes”.

Y es sintomático del caso introducido por la manera como se aplicó nuestro Derecho durante un siglo el hecho de que un hombre de la categoría de don Lázaro de Dou, que tuvo el valor de decir que “siendo corto el número de Jueces que han de venir a estas provincias respecto de la población de sus súbditos... es más fácil instruirse ellos que no el que novecientas mil almas que habrá en Cataluña deban mudar sus costumbres y prácticas”, desconozca ingenuamente la esencia de nuestro derecho y admita que “para facilitar el conocimiento del Derecho Catalán a los juzgados convendría que V. M. ... propusiese un premio al que *reduzca a un compendio* el derecho de que gocen los particulares, naturales o habitantes de Cataluña”, lo que equivale a aceptar, como cosa natural, lo que podríamos llamar *formación jurídica acelerada*.

Dos fueron las consecuencias de esta polémica; la primera que, como consecuencia de su envenenamiento, el Derecho Romano pasó a ser el objeto principal de la discusión y, por tanto, a ocupar un lugar privilegiado y a ser considerado por todos como la misma esencia del Derecho Catalán. A mediados del siglo pasado decir “derecho catalán” equivalía a decir “derecho romano” —circunstancia que, si de un lado daba a nuestro Derecho, más allá del Ebro, el prestigio de las cosas difíciles, antiguas y, especialmente, desconocidas, sirvió de otro lado para desfigurarlo completamente. La segunda es que llegue a admitirse que el Derecho sea un conjunto de normas ya fijadas, permanentes y solidificadas —o, por lo menos, reducibles al tamaño de un manual.

A principios del siglo XIX, con la victoria de los principios “filosóficos” —jusnaturalismo racionalista— que llevan a la unificación y codificación napoleónicas, parece que la política absolutista y unificadora no podrá ser ya detenida. Pero es precisamente en este momento que nace y crece la escuela histórica, capaz de enfrentarse con el jusnaturalismo. En España la lucha fue encarnizada; pero esta vez, a campo abierto y en el terreno intelectual. Sorprendentemente,

la figura extraordinaria de Durán y Bas obtiene una victoria total ante las corrientes codificadoras y unificadoras. Contribuyen a esta victoria tres factores: la falta de preparación filosófica de los representantes de la corriente unificadora, el historicismo del krausismo, representado por Giner de los Ríos, único grupo madrileño con categoría intelectual reconocida, y —hay que decirlo— una inevitable desfiguración del Derecho Catalán. Durán y Bas, enemigo de la codificación porque sabe que codificar no solamente significa *inmovilizar* —lo cual ya sería suficiente— sino *unificar* —cosa que, tratándose del Derecho Catalán, quiere decir suprimir—, tiene también perfecta conciencia de que *lo que en el fondo se discute es la respectiva preferencia de la costumbre y de la legislación* (página X de la *Introducción* citada). Tácticamente, Durán y Bas no tiene más remedio, para salvar lo esencial —la supervivencia de un Derecho Catalán—, que ceder en dos cosas: en la presentación del Derecho Catalán como Derecho Romano, lo que hace que pueda tener de su lado el fabuloso prestigio de Savigny, y en la admisión del criterio codificador: *la supremacía de la legislación sobre la costumbre* —dice— *es lógica y, por tanto, inevitable: la costumbre existirá todavía, pero por ley histórica, en estado de inferioridad y subordinación* (*Introducción*, página XI).

A la admisión por parte de Durán y Bas de tales ideas, profundamente reformadoras de nuestro Derecho, contribuyeron tres hechos característicos de nuestro siglo XIX:

Primero: *La desaparición del juramento confirmatorio como pieza fundamental de nuestro sistema*. Este hecho tiene muchas causas —unas lejanas y otras próximas—. Hay el desprestigio de los Tribunales Eclesiásticos y el anticlericalismo ambiental de la época. Pero también hay causas pretendidamente científicas: en el año 1829 se publican los *Discursos Críticos sobre las Leyes y sus Intérpretes*, de don Juan Francisco de Castro, que, con referencia a la situación jurídica de Castilla, presenta las renunciaciones y los juramentos confirmatorios poco menos que como manifestaciones de la picaresca más rudimentaria. La obra fue muy leída en nuestro país y fueron aceptadas sus conclusiones sin tener en cuenta que si en Castilla no se perseguía con estos procedimientos otra cosa que la sumisión a la jurisdicción eclesiástica, en Cataluña el procedimiento era perfectamente ortodoxo y durante siglos había demostrado su finalidad y su eficacia. En el fondo, nuestros juristas llegaron a creer que la eliminación de las renunciaciones y de los juramentos confirmatorios llevaba a la supresión de elementos bárbaros y poco recomendables y a la reconstrucción del verdadero Derecho Romano en su inicial pureza. A finales del siglo —y a lo largo del nuestro— no faltan autores que, sin la erudición de don Juan Francisco de Castro ni conocimientos históricos de clase alguna, nos presentan las renunciaciones y los juramentos confirmatorios como vulgares corruptelas notariales sin otro valor que el de su pintoresquismo.

Segundo: *La deformación del concepto de seguridad jurídica*.

Clásicamente, la seguridad jurídica se obtenía muy fácilmente: procurando que la propia conducta quedara absolutamente dentro del área de la decencia y absteniéndose de querer llegar hasta el límite de lo socialmente permitido. Pero, en el campo mercantil las cosas no eran exactamente así: inicialmente, el hecho de que el comercio llegase a ser internacional y produjese vínculos jurídicos entre sujetos distanciados y, por tanto, difícilmente incluíbles dentro de una misma área de *conciencia social*; posteriormente, el hecho de que la actividad mercantil prescindiese del concepto de *precio justo* y se montara sobre la posibilidad de la especulación, hicieron que el derecho no fuese considerado como *norma jurídica*, sino como *regla de juego*, y pudiese ser utilizada como arma ofensiva en los tratos mercantiles. Y, si esto se generaliza entre los comerciantes, el siglo XIX presenta el espectáculo de las clases burguesas, mercantiles y ciudadanas, deseosas de extender este concepto del Derecho y de considerar mercantiles incluso las operaciones últimas —las que ponen en contacto al comerciante con quien no lo es—. Hacia el año 1850 el concepto de *seguridad comercial* —que resulta de la existencia de normas escritas, precisas, exactas y anticipadamente conocidas— se impone el concepto de *seguridad jurídica* —la que resulta de la honradez y del comportamiento justo y moderado—. Esta evolución es uno de los factores que más ayudan a crear un clima favorable a la codificación —a la fijación de la norma y a su interpretación lo más literal posible—. A partir de la codificación, los jueces sólo podrán tener en cuenta la justicia aparentando aplicar la legalidad.

Tercero: *La quiebra de los órganos de expresión de la conciencia social*. Con cierta imprecisión Durán y Bas hace referencia a este fenómeno al decir que *el propio Savigny se ve obligado a admitir que, cuando en el curso de las edades la fuerza creadora del Derecho se retira del pueblo, continúa en sus órganos uno de los cuales es la legislación*. Lo que no tiene en cuenta Durán y Bas es que la fuerza creadora del pueblo *nunca* puede expresarse por ella misma y *siempre* tiene necesidad de ciertos órganos de exteriorización: que estos órganos son —por encima de la legislación— el notario (jurisprudencia cautelar) y el juez (jurisprudencia contenciosa); y que lo que ha pasado en Cataluña a lo largo de los siglos XVIII y XIX ha sido que se ha montado una judicatura, privada de toda facultad arbitral y obligada a aplicar la ley escrita —o la costumbre *alegada y probada*—, no la sentida y vivida. El juez, como hemos visto, no puede decidir en justicia y según derecho y razón más que aparentando hacerlo según la legalidad vigente —e incluso esto, no le es muchas veces posible y, por grande que sea su buena voluntad, tiene que limitarse a reconocer que la ley es dura, pero es la Ley. Ante este hecho —inevitable porque las leyes procesales lo imponen— el notario no puede correr riesgos: y adopta una actitud temerosa que le lleva a redactar documentos seguros —es decir, documentos que recogen el derecho *oficial*, no la conciencia social, porque sabe que el juez está obligado a atenerse a aquél y poco puede hacer para respetar a ésta.

Es obligado reconocer que todos estos factores no cristalizaron por primera vez en la *Memoria* de Durán y Bas; éste recoge una manera de entender nuestro Derecho que ya se encuentra en obras anteriores; en el *Manual de Derecho civil*, de Elías y Ferrater (año 1842) —el libro más consultado por los juristas catalanes del siglo pasado— y las *Instituciones de Derecho civil Catalán*, de Broca y Amell (año 1880) —la obra más consultada hasta la aparición de la de Borrell—. Pero la *Memoria* tiene, detrás de sí, el inmenso prestigio del jurisconsulto, del político, del economista y del dirigente de la escuela histórica que es Durán y Bas; esto hizo que, especialmente fuera de Cataluña, y aquí, entre los juristas no catalanes, tuviese un éxito inmenso y fuese *el libro* en el que se podía aprender el Derecho Catalán *sans larmes*. Porque, si se prescinde de la *Introducción*, con sus reticencias e impertinencias apenas disimuladas, la *Memoria* es corta, de agradable lectura y va seguida de un articulado que pone de relieve un Derecho suficientemente folklórico y campesino para que se le pueda admitir sin demasiadas prevenciones, e incluso, con un gesto de amable condescendencia.

Con su éxito, lo que hace la *Memoria* es acabar un proceso de destrucción de los arbotantes que neutralizaban el peso de la bóveda del Derecho común; el juramento queda configurado como una pieza pintoresca, inútil, respetuosa con las creencias tradicionales y perfectamente suprimible. Y el Derecho Romano, mantenido a raya durante siglos, limpio ya de excrescencias y corrupciones, químicamente puro, cae como una losa sobre la vida jurídica catalana.

Para acabar de caracterizar nuestra situación jurídica a finales del siglo pasado, hay que hacer referencia a dos hechos decisivos, consecuencia ambos de la circunstancias de que el rechazo del jusnaturalismo racionalista y la aceptación, por los juristas catalanes, de los principios y conclusiones de la escuela histórica no se originan espontáneamente como consecuencia natural del estudio y desarrollo de nuestro Derecho, sino que se produjeron para dar fundamento a una posición defensiva. Ante el peligro del anonadamiento, Durán y Bas, y con él todos los juristas catalanes, adoptan una posición filosófica nacida y crecida fuera de Cataluña; nuestro historicismo no es catalán, sino alemán. Por extraordinaria que fuese la preparación de Durán y Bas y por mucha que fuese su capacidad de trabajo, no le fue posible crear de la nada los fundamentos de un historicismo propio —ni llevar a término sus consecuencias científicas.

El historicismo de Savigny se montó sobre una extraordinaria labor de investigación histórica del Derecho vigente en los países germánicos. Sin este trabajo no habría sido posible —no era posible— un historicismo de primera mano, como tampoco era posible una formulación cuidada de nuestro Derecho. Durán y Bas tiene plena conciencia de ello: en la *Introducción* viene a decir explícitamente que si escribe la *Memoria* y formula su resumen articulado, lo hace porque no hay más remedio, porque si no lo hace se puede perder todo; ya que este trabajo no es posible sin una previa investigación

histórica que, reconoce, aún está por empezar. La *Memoria* es un trabajo de salvamento, de urgencia —como más adelante lo será la *Compilación*—, falto de un elemento esencial. La investigación histórica empieza con la generación siguiente —la de Balari, Pella i Brocá— por el escalón más bajo: el de la historia *oficial*, la de los *barones de Cataluña*, que estaba aún por hacer; e, incluso, ésta fue interrumpida —después de Hinojosa y Carreras Candi— mucho antes de que con Jaume Vicens Vives, se empezara a pensar en la historia total, la del pueblo y de las cosas vivas.

Hay otro hecho aún más importante: el racionalismo del siglo XIX, infiltrado en la escuela histórica, lleva a ésta a la afirmación de que el Derecho vivido, histórico, tiene también, y en grado más elevado que el Derecho de laboratorio de la escuela filosófica, una lógica interna que hay que poner de relieve. Es decir: el Derecho vivo, resultado de una evolución de siglos, es lógicamente coherente y puede ser sistematizado (la obra fundamental de Savigny tiene por título "*Sistema*" del *Derecho Romano actual*). La consecuencia natural de la influencia racionalista sobre la escuela histórica fue la creación y brillante desarrollo de una pandectística. Pero en Cataluña faltaron juristas con suficiente empuje para crearla: Ramón María Roca Sastre se haría esperar, aún, medio siglo. La consecuencia —realmente extraordinaria— fue la importación a nuestro país de la pandectística alemana. Las fuentes esenciales de nuestro Derecho supletorio ya no se buscaron en los viejos infolios del *Digestum Vetus*, el *Infortiatum*, el *Digestum novum*, el *Codex* y el *Volumen*, sino en la edición crítica del *Corpus* de Kriegel, Hermann y Ossenbrüggen, traducida por García del Corral; el Derecho recibido y aceptado en nuestro país dejó de ser el explicado por los glosadores, comentaristas y autores clásicos, y fue el sistematizado por los pandectistas alemanes —de categoría indiscutible, pero totalmente extraños a nuestro Derecho vivido. Los nombres familiares de Accursio, Azón, Panormitano, Andrés, Placentino, Bellapertica, Cino de Pistola, Bartolo, Baldo, Pablo de Castro, Saliceto, Socino, Decio, Tiraquello, Alciato, Menocchio, Covarrubias y tantos otros desaparecen; en la nota bibliográfica del *Dret Civil Vigent a Catalunya* de Antoni M. Borrell i Soler —obra en la que este proceso se hace absolutamente patente— sólo se pueden encontrar los de Maynz, Savigny, Arndts, Ihering, Serafini, y Windscheid; más adelante surgirán Puchta y Dernburg y Bonfante, y Albertario, y Biondi, y Voci. Nadie se dio cuenta de que el Derecho común, elaborado, escogido, cribado, deformado, impuro —pero maravillosamente vivo— había sido sustituido por la reconstrucción arqueológica del Derecho Romano de la época justiniana.

Al finalizar esta etapa se han producido los hechos siguientes:

Primero. La lenta eliminación de la costumbre —de la conciencia social— como fuente primordial de nuestro Derecho privado y su sustitución por los preceptos escritos —leyes generales, Constituciones, cánones y fragmentos del *Corpus*. Debido a una equivocación

da concepción de la seguridad jurídica, la función judicial ha sido construida sobre fundamentos claramente positivistas, dejando de lado la equidad como criterio a tener en cuenta en la solución de los pleitos civiles. Y si, en una sociedad diferente, este sistema por lo menos habría llevado a la seguridad jurídica deseada, en la nuestra, constitutivamente incapaz de someterse a criterios abstractos y de eliminar el aspecto humano de los problemas jurídicos, lleva —paradójicamente— a una radical inseguridad: el juez español, espejo de la sociedad española, aplica la Ley, pero no puede olvidar la justicia; esto tiene, como consecuencia, una cierta ambigüedad en su función que lleva a la multiplicación de los pleitos donde una de las partes alega la justicia, mientras la otra está protegida por la letra de la Ley; en estos casos, la sentencia es imprevisible porque depende del criterio personal y absolutamente respetable que tenga el juez respecto del lugar preciso donde que se encuentra la línea que separa la *interpretación* de la *infracción* de la Ley.

Segundo. La lenta desaparición del juramento confirmatorio y de las renunciaciones como instrumentos jurídicos de recepción —o de rechazo— del Derecho común. Los notarios, influenciados por el ambiente social —cada día más secularizado— y por las críticas indocumentadas, dejan de incluirlos en las escrituras sin atreverse a sustituirlos por procedimientos menos anacrónicos. Esto lleva a la transformación del sistema que, de admitir el Derecho común como *Derecho dispositivo*, pasa a soportarlo como *Derecho imperativo*, transformación que se caracteriza por afectar fundamentalmente a la sustancia de nuestro Derecho privado, incluso teniendo como tiene su causa en la desaparición de un sencillo procedimiento instrumental y técnico —desconocido por la mayor parte de los que resultan afectados.

Tercero. Ninguna de estas líneas de evolución tiene su origen en la conciencia social, ni son, por tanto, *costumbre* en el sentido riguroso del término; son soluciones que dan los técnicos, soluciones eruditas y oficiales a las que les son perfectamente aplicables las palabras de la Constitución de Fernando II a las primeras Cortes del Barcelona del año 1481:

“Desitjants que los Usatges de Barcelona, Constitucions de Cathalunya, Capítols de Cort, Usos, Prácticas e Consuetuts, Privilegis dels Ecclesiàstics, Militars, Ciutats, Vilas e Locs del Principat de Cathalunya sien inconcussament observadas, e observats, statuim, e ordenam, que per qualsevol ús, o verdaderament abús fet, e practicat per nós, e nostres Officials, e que de aquí avant se faran, o practican contra los dits Usatges, Constitucions de Cathalunya, Capítols de Cort, Privilegis, Usos, Prácticas, e Consuetuts, encara que tals Usos fossen observats per tant temps, que no fos memoria del contrari, no sie ne puga esser derogat, ne prejudicat a las ditas Constitucions, Usatges, Capítols de Cort, Privilegis, Usos, Prácticas e Costums: ans reprobant tals Usos a Abusos, com a nulles volem, que las ditas Constitucions, Usatges, Capítol e actes de Cort, Privilegis, Usos, e Costums, romangan vàlits, e sien inviolablement observats.”

VIDA JURIDICA

I. - NOTAS CRITICAS

- 1. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: La presunción de paternidad legítima. Estudio de Derecho comparado y Derecho español. Prólogo de José Luis Lacruz Berdejo. Editorial Tecnos. Madrid, 1971, página 562.**

1. El libro objeto de esta nota está adornado de caracteres que despiertan el interés del lector, desde su comienzo hasta el fin. Trata de cuestiones que importan a todos, no sólo a los especialistas del Derecho, y de casos que hieren la imaginación por lo llamativo o escandaloso. A los juristas, a los profesionales del Derecho, ofrece el atractivo de que el autor se enfrenta con espíritu renovador a los problemas que va tratando, y no sólo señala la urgencia de reformar la ley, sino que, con valentía, propone interpretar los artículos del Código civil que examina con llamativa libertad.

La cuestión central, cuya discusión y respuesta está presente en toda la obra, es la de decidir si la determinación de la paternidad legítima depende de los plazos y circunstancias establecidos por la letra de la ley o si ha de tenerse en cuenta la finalidad presumible de la ley y, con ello, utilizar para la investigación de la paternidad las pruebas permitidas por el actual estado de las ciencias biológicas.

2. Materia del libro es la presunción de la paternidad, como indica su título, y la cuestión correlativa de la impugnación de la paternidad. Para su mejor estudio, se traen a colación el antiguo Derecho, incluso los Códigos de Lipit-Ishtar y de Hammu-rabi y las leyes de Manú y se hace un cuidadoso examen de leyes y doctrina de autores de los principales países, latinos, germánicos y anglosajones. A su luz se comentan e interpretan los correspondientes artículos del Código civil, y se defiende la propia progresiva e innovadora opinión, bajo los epígrafes titulados "posición personal".

Tesis fundamental del autor es la de que la presunción de paternidad, establecida por la ley, hay que estimarla como una probabilidad de legitimidad, basada en los supuestos de cohabitación y causalidad, es decir, en lo que puede llamarse cohabitación causal; y ello, tanto en los casos de concepción del hijo antematrimonial como en los de concepción durante el matrimonio. La naturaleza de la presunción es calificada de presunción legal, no como mera regla de prueba, pero no tampoco como regla imperativa.

3. La posición personal del autor, en general sugestiva y de simpática apertura, ha podido con razón aducir en su favor la autoridad de García Goyena, quien al comentar la frase "Haber sido físicamente imposible, etc.", dice: "Por santa, fuerte, y si se quiere tiránica que sea la presunción legal de la paternidad, no puede admitirse contra lo imposible y lo absurdo: la ley que diera a una mentira evidente el título y poder de la verdad no sería sino un escándalo social y el envilecimiento del matrimonio". (*Concordancias*, I, p. 112).

Conforme a una interpretación adecuada de la frase "imposibilidad física" no hay, en realidad, dificultad en negar la presunción de legitimidad al hijo nacido de mujer cuyo matrimonio ha sido declarado nulo por impotencia del marido y —tanto más— respecto del hijo nacido años después de muerto el marido.

4. Las dudas, en cambio, se amontonan cuando se trata de las pruebas biológicas sobre la paternidad. ¿Son aconsejables "de lege ferenda"? ¿Cabe superar la letra del artículo 108, párr. 2 del Código civil, que parece negar la admisión de otra prueba que la de la imposibilidad física del acceso del marido? El autor se inclina por respuestas afirmativas. El maestro Lacruz, en el prólogo al libro, condensa expresivamente lo fundamental de la tesis. La exclusión de pruebas, excepto la admitida por el artículo 108, párrafo 2.º ("no se admitirá otra prueba"), puede considerarse como "laguna legal", en cuanto al redactarse dicho artículo se excluyen las pruebas "conocidas en su tiempo u otras más o menos análogas, pero no aquellas que ni habían sido descubiertas ni podían ser imaginadas" (1).

5. La sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de enero de 1947, dice que, según el artículo 108, párrafo segundo, la imposibilidad física de acceso, aunque única para justificar la impugnación, "no se refiere a los medios probatorios utilizables, ni tampoco a una concreta causa determinante de la expresada imposibilidad, sino que autoriza el empleo y consiguiente apreciación de todos los medios que la Ley procesal admite, con la valoración que los asigna —si bien no cabría conceder ninguna a los de carácter biológicos, por ser contrarios al criterio que preside la fijación de las presunciones adoptadas por el legislador— y comprende cuantos hechos de cuya demostrada certeza resulte la imposibilidad de que el marido haya tenido relación carnal con su mujer en el período de tiempo precisado legalmente".

El autor hace la crítica de la sentencia, haciendo la pregunta: "¿Podrá pensarse en mayor absurdo que el hecho de rechazar las pruebas más seguras, objetivas y fidedignas de la no paternidad al interpretar el precepto que regula la acción que persigue, precisamente, demostrar que el marido no es el progenitor del hijo que se le atribuye?"

No estará fuera de lugar advertir, antes de seguir adelante, que la sentencia del 24 de enero de 1947 no se enfrenta con un pleito al que se hubiesen traído o se pretendieran aportar pruebas de carácter biológico. La sentencia no da lugar a la casación, y deja firme la sentencia de la Audiencia que declaró haber lugar a la acción de impugnación de legitimidad ejercitada, basada en el alejamiento del marido del lugar en que vive la mujer. Para que se interprete sin exceso la doctrina establecida, amplia y progresiva, se añade sin necesidad, por no ser aplicable el caso, la reserva respecto a las pruebas de carácter biológico.

La reserva que hace el Tribunal Supremo respecto de las pruebas biológicas puede quizá censurarse por innecesaria o prematura, dado el caso a decidir; no, en cambio, por imprudente o inadecuada en el momento de dictarse. La

(1) Parece que más que de una "laguna legal" se tratará de aplicar la regla "rebus sic stantibus" a la interpretación de las leyes. El mismo RIBERO duda sobre que se trate de una verdadera laguna legal, p. 543.

tarea de la jurisprudencia no es la de prohijar ideas atrevidas de difícil práctica y desconectadas de la opinión común de los doctores, aunque dichas ideas resulten atractivas y se consideren progresivas.

6. La propuesta de transferir la "imposibilidad física" del marido, desde el plano de la cohabitación "in abstracto" a la de aquella generación "in concreto", ha sido calificada por el profesor Lacruz como "un volatín jurídico arriesgado: una suerte de triple salto mortal" (pág. 23). La utilización, al efecto, de las pruebas biológicas supone un volatín más difícil todavía, sin apoyo ni red protectora.

La sentencia de 1947 marca un avance bien progresivo, todo el que permite el texto legal, al admitir sin limitaciones cualesquiera medios de prueba respecto a la no cohabitación, y al no casar una sentencia que había dado lugar a la impugnación de la legitimidad del hijo, basada en circunstancias que hacían tan sólo presumir que no fue posible la cohabitación. La admisión de las pruebas biológicas supone desentenderse de la letra de la ley, cambiando el hecho que hay que probar; no se tratará de la cohabitación ("possibilitas cocundi"), sino de la generación ("possibilitas generandi"). Lo que hace que, al lado de la cuestión sobre el respeto debido a la letra de la ley, surja otra, tenida probablemente en cuenta por el Tribunal Supremo, la de la actual conveniencia de la utilización de las pruebas biológicas.

¿Son seguros los resultados de las tales pruebas? ¿Cabe practicarlas del modo debido? Sólo respondiendo a las dos de modo afirmativo sería justa la crítica al "obiter dicta" de la sentencia de 24 de enero 1947.

7. Para contestar la pregunta de si las pruebas biológicas son o no seguras, fidedignas y factibles en la práctica judicial, nos ofrece el autor datos suficientes y bien contrastados. Las principales pruebas biológicas, se nos dice, son la basada en la herencia de caracteres patológicos, la prueba heredobiológica o antropomorfológica, la prueba morfológica de la columna vertebral, la prueba de grupos sanguíneos y la prueba de madurez del recién nacido. Después de estudiarlas se nos enseña que las únicas acreditadas y fundamentales son: la heredobiológica, la de los grupos sanguíneos y la del grado de madurez del recién nacido. Sobre cada una de ellas, el autor hace observaciones muy dignas de ser tenidas en cuenta. La prueba heredobiológica puede llevar a una "verosimilitud confinante con la certeza", pero sólo —se nos aclara— si la prueba se hace mediante un estudio amplísimo de los caracteres somáticos y si la prueba se hace por mano de especialistas solventes. La prueba de los grupos sanguíneos, utilizable únicamente para la exclusión de la paternidad, se nos dice que en la práctica "esta prueba no se presenta como absolutamente exenta de error, con exactitud matemática o absoluta". Respecto de la prueba sobre el grado de madurez, se nos advierte que "es preciso tratar esta prueba con gran cautela y relacionada con otros elementos de juicio que resulten del proceso". En todo caso, precisa todavía el autor, la admisión de todas las dichas pruebas está condicionada por "la necesidad de centros y peritos especializados y de plena garantía".

No se puede dudar de que el progreso científico logre proporcionar una mayor seguridad a las pruebas biológicas y de que, con el dicho progreso, haya los suficientes técnicos especializados y de plena garantía. Mas no se

trata del futuro, aunque se considere cercano, sino de la actualidad, y las observaciones objetivas y autorizadas de nuestro autor parecen más bien avalar la prudencia del "dictum" excéptico de la sentencia de 1947, sobre el posible presente empleo de las pruebas biológicas (2).

8. No parece se pueda evitar un movimiento de extrañeza ante la solución propuesta por el autor, respecto de un supuesto especialmente anómalo de inseminación artificial. Es el caso de inseminación artificial heteróloga con consentimiento del marido. Dada la concurrencia de "principios opuestos", los correspondientes al semen ajeno y al consentimiento del marido, habrá que elegir, se nos dice, entre el atribuir la paternidad al "donante" o al marido. El autor concluye que el más apropiado para desempeñar el papel de padre es "el marido de la madre, el que con su «consensus» a la fecundación de su mujer llamó a la vida a ese nuevo ser: creo que el Derecho se lo puede confiar".

La señalada extrañeza deriva —aparte de lo chocante de la solución misma— de que el autor parece abandonar la concepción de la paternidad basada en el hecho de la generación real (lo que le llevara a la aceptación de las pruebas biológicas) en favor de la por él criticada concepción "dominical". Aquí el derecho del marido sobre el hijo habría de basarse en el poder del marido sobre la madre ("consensus" o permiso de fecundación), a consecuencia del cual el hijo pasaría al poder del marido como "fructus ventris" de su mujer; aparte, en su caso, del derecho que le correspondería por haber abonado el precio del semen al "donante". Tesis, en cualquier caso, alejada de toda consideración a lo dispuesto en la ley; no se tiene en cuenta la eficacia de la presunción legal en favor de la paternidad del marido, ni la ineficacia de dicha presunción frente a la prueba de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

9. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adoptado un criterio amplio y justo para apreciar como causa de impugnación "la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer", entendiéndose por ella: "la imposibilidad de que el marido haya tenido relación carnal con su mujer en el período de tiempo precisado legalmente, para que sirva de base a la presunción de que ha sido procesado por aquél el hijo nacido, lo que acontecería

(2) La genética habría, parece, que tenerla en cuenta en otro respecto. El autor en su crítica del estrecho y anticuado criterio del Código sobre la causa de impugnación de la legitimidad del hijo, cita como caso de escándalo el del hijo de distinta raza a la de los padres (hijo negro de padres blancos). En tal caso habría que tener en cuenta la posibilidad de lo que vulgarmente se llama "salto atrás". Caso conocido de la práctica es el que además de considerarse prácticamente imposible que un negro tuviese acceso a la madre, por no haber ninguno en la localidad ni siquiera de paso, se descubre una ascendiente mulata en la familia del marido.

En el prólogo de la obra se menciona el caso límite del hijo mulato de mujer blanca condenada por adulterio con un negro. También por ALBADALEJO, *El reconocimiento de la filiación natural*, 1954, p. 8. ¿Cabrá resolverlo equitativamente teniendo en cuenta la posibilidad que abre el artículo 140 del Código civil y el artículo 444 Código penal? Sobre este último precepto, BATLLE, *Efectos civiles de la condena penal por violación, estupro o rapto*. R.G.L.J., 674 (octubre, 1973), p. 428.

siempre que las pruebas acrediten una causa, cualquiera que ella sea, excluyente de la ocasión de que los cónyuges se hayan unido carnalmente, como lo son la impotencia, separación efectiva y, consiguientemente, la ausencia, en el sentido de alejamiento no interrumpido, circunstancia ésta apuntada en la ley IX del título XV de la tercera partida, como contraria a la presunción de legitimidad del hijo, «habiendo el marido estado alongado della —de la mujer— tanto tiempo que pudiessen sospechar según natura que el hijo fuera de otri» (sentencia 24 enero 1947) también sentencias de 19 junio 1958 y 16 de abril 1969, 21 abril 1970). Doctrina que habrá que entender comprende no sólo la ausencia de hecho, sino también la ausencia declarada judicialmente.

El autor se enfrenta con otra cuestión distinta, aunque conexas, planteada por los autores, y critica la tesis de quienes han sostenido que aún declarada la ausencia debe inscribirse al hijo que tenga la mujer durante el período de ausencia, como legítimo, sin que ello sea óbice para que se ejercite en su caso por quién corresponda y a su debido tiempo la acción de impugnación de la legitimidad. Crítica bien fundada y razonable. Hubiera podido completarse teniendo en cuenta la teoría de quienes apoyan dicha tesis, además de en la regla “*pater is est quem nuptias demonstrat*”, en la presunción de vida mencionada en el artículo 195 del Código civil. En base de ella se ha dicho: “serán legítimos los hijos habidos por la mujer del ausente durante la ausencia y antes de ser declarado fallecido; contra la legitimidad será precisa la prueba negativa de la posibilidad de acceso con su mujer y esta prueba puede ser la de su muerte” (3).

Teoría a la que se ha opuesto que el artículo 195 tiene la finalidad de señalar cual sea la eficacia de la declaración de fallecimiento; y que para nada se ocupa de la situación de la ausencia legal si no es para decir que cesa por la declaración de fallecimiento. La declaración de ausencia significa la constatación auténtica de la separación de los cónyuges y, por ello, deja de funcionar la presunción legal de que son legítimos los hijos del ausente nacidos después de los trescientos días siguientes a la fecha fijada en el auto que declare la ausencia, como la de la desaparición del marido (4).

La declarada separación de los cónyuges —citada como distinta a la disolución del matrimonio en el artículo 108— excluye la presunción de legitimidad. En su consecuencia, la inscripción de la declaración de ausencia del marido será obstáculo para que se inscriba como legítimo al hijo de la mujer del ausente; mientras no se deje sin efecto el auto de declaración de ausencia (art. 2.043 L. E. C.) o se justifique judicialmente que el marido pudo tener acceso a la mujer en los primeros cientos veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento (art. 111, párrafo último, por analogía).

10 El autor nos ofrece una repetida y severa crítica de la doctrina de la Dirección General de los Registros, sobre la inscripción fuera de plazo del nacimiento de hijo de mujer casada, cuando “las circunstancias del caso son contrarias a la legitimidad del hijo”. Censura que extiende al artículo 314.

(3) SERRANO Y SERRANO, *La ausencia en Derecho español*, 1943, p. 389.

(4) CASTRO, *Derecho civil de España*, II, Derecho de la persona, 1955, pp. 534-537, *Compendio de Derecho civil*, 1970, pp. 299-300, 303.

del Reglamento del Registro civil, en su redacción actual (D. 22 mayo 1969), y que dice: "En cuanto a la filiación, se estará a lo legalmente dispuesto. No puede decidirse en expediente la reclamación de una legitimidad cuya posesión no se ostenta."

Nos dice que la Dirección General, sin manifestarlo o quizá sin saberlo, sigue la teoría de Cicu sobre el estado civil y que la Dirección, y el artículo 314 citado, no respetan lo mandado en el artículo 108, que establece la presunción legal de legitimidad en favor de los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges.

He de confesar, ante todo, que las razones con las que se motiva dicha crítica no me resultan claras y que hasta dudo sobre si habré sabido captar el pensamiento del autor. Con esta reserva expongo mis observaciones.

La teoría de Cicu, recogida en dicha crítica, establece que la presunción de paternidad "tiene su base en el acta de nacimiento" y que dicha acta o inscripción tiene la condición de título de estado, de ahí su fuerza e importancia. No veo que sea ésta la doctrina de la Dirección General. La Dirección parte de un postulado diametralmente distinto. Como se dice en la Exposición de Motivos del Reglamento (D. 16 noviembre 1958), "la actividad registral tiene por fin crear títulos de legitimación sobre el estado civil"; es decir, se niega expresamente la teoría de Cicu, pues la inscripción en el Registro no se considera título atributivo de estado, sino con la fuerza reducida propia de un título de legitimación.

Junto a la inscripción, con su valor formal, la normativa registral vigente conoce otro título de legitimación, la posesión de estado, que es reflejo inmediato de evidentes realidades sociales. Lo que concuerda con la preocupación del legislador que procura lograr "la concordancia del Registro y la realidad" (art. 26 L. R. C.). Por ello, puede afirmarse que el artículo 314 del Reglamento está en armonía con este criterio legislativo, al tener en cuenta la posesión de estado.

No debe tampoco olvidarse que, ahora, la inscripción fuera de plazo, para hacerse, requiere tan sólo un expediente gubernativo (art. 95, 5.º, L. R. C.), modo de ingreso anómalo en el Registro. Tiene su origen en el Decreto de 19 de marzo de 1906, artículo 3.º, que rompe el criterio severo del artículo 18 de la ley de 1870, y que da flexibilidad a la actividad registral. Apertura entonces expresamente limitada a los casos en que la corrección del Registro no afecte a la filiación de la persona.

Así la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril 1917, que da lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, lo hace considerando nula la inscripción hecha fuera de plazo, y ello, tan sólo, nos dice, porque "se trata de una cuestión de estado civil tan importante como la filiación, y se necesita para la inscripción una sentencia firme que sólo podrá obtenerse en un juicio ordinario declarativo".

Se observará que antes de la nueva normativa registral, vigente el artículo 108 del Código civil y la ley de 1870, se entiende que la inscripción fuera de plazo, incluso en un caso en el que no había intereses particulares encontrados, en interés de la ley, por tratarse de un supuesto de filiación, se requiere para

dicha inscripción una sentencia firme. La ley de 8 de junio de 1957 ha suavizado lo dispuesto por aquella ley provisional de 1870, sobre las inscripciones fuera de plazo y admite el procedimiento gubernativo de modo amplio (artículo 95, 5.º), pero lo hace reforzando las garantías; entre ellas, destacan las referentes a la filiación, conforme a su importancia para el estado civil y también por el valor concedido a la inscripción de la filiación (art. 50, L. R. C.).

Parece, por tanto, justificada toda prudencia cuando se trata de una filiación, que si bien tiene a su favor la presunción legal "iuris tantum", establecida en el artículo 108, párrafo primero, del Código civil, por el contrario, choca con un título de legitimación importante, como es la posesión de estado; contradicción que se revela en el mismo expediente gubernativo (5).

No deben confundirse los respectivos planos del Derecho sustantivo y del Derecho registral; el Código civil atiende a la determinación de los títulos de atribución del estado civil; la ley y el reglamento del Registro civil se ocupan de regular los títulos de legitimación. Las normas registrales pueden y deben establecer las condiciones para la inscripción fuera de plazo. En cuanto a la filiación, siguiendo el criterio flexible de la reforma legislativa de 1958, el artículo 314 del Reglamento (redacción según Decreto 22 mayo 1969) no pone limitaciones a la inscripción fuera de plazo, excepto al decirnos que no puede decidirse en expediente la reclamación de una legitimidad cuya posesión no se ostenta. El artículo 314 citado establece una reserva o restricción mínima a la inscripción fuera de plazo respecto de la filiación; ella está en armonía con el sistema registral y la gran fuerza atribuida en él a la inscripción; la que, nos dice la ley, hace fe, en su caso, de la filiación del inscrito (artículo 41).

Conocidas por el expediente gubernativo razones graves para dudar sobre la realidad de la filiación, cuya inscripción fuera de plazo se solicita, y cuando esa duda resulta de una posesión de estado contradictoria de la filiación pretendida, parece lo más de acuerdo con la función del Registro civil denegar la inscripción fuera de plazo y dejar que la parte interesada acuda al medio normal de rectificación del Registro, o sea, al juicio ordinario de mayor cuantía (art. 483, L. E. C.). Es la solución que parece más acorde con las notas de seguridad y seriedad correspondientes a las inscripciones; dado el alto valor que a ellas les otorga la ley (6).

(5) La presunción establecida en el párrafo primero del artículo 108 del Código civil puede ser combatida ("iuris tantum"), aunque limitadamente y sólo en el supuesto del párrafo segundo del mismo artículo; más respecto de dicho supuesto cabe utilizar cualquier medio de prueba, incluso el de presunciones; el juez habrá de apreciar a su prudente arbitrio si la prueba hecha evidencia la imposibilidad física del marido, para tener acceso con su mujer. Prueba negativa, que no requiere se pruebe la imposibilidad día a día y momento a momento (prueba diabólica), sino la apreciación racional y prudente de las circunstancias.

(6) No parece se llegue a resultados aceptables mediante la aplicación de la presunción del artículo 108, Código civil, como medio para imponer una automática inscripción fuera de plazo. Habría, por ejemplo, que inscribir como legítimo el hijo de mujer casada, que constara inscrito como hijo de quien convive con la madre, conocido como tal, y a cuyo marido ausente en lejanas tierras (preso, prisionero) le fuera ocultado dicho nacimiento; poniendo en manos de una persona de probable mala fe los beneficios de la inscripción.

11. Es de temer que la exposición en extenso de algunas de las observaciones y dudas originadas por la lectura de la obra que se reseña, pueda dar la impresión de un juicio peyorativo sobre ella. Lo lamentaría, pues no sería justa ni conforme al propósito de estas notas. Es de advertir, para evitar todo equívoco, que se trata de una obra seria, bien documentada, valiosa y útil. Por ello, parece adecuado concluir esta reseña reproduciendo unas palabras sobre el autor, contenidas en el prólogo redactado por el profesor Lacruz, y que constituyen el más autorizado juicio sobre su labor. Se nos dice: "le he visto preocupado por el método y por la validez de sus tesis y su modo de discurrir; exigente al dar forma a su pensamiento; respetuoso y crítico a la vez —ni iconoclasta ni servil— frente a opiniones ajenas; intentando siempre llegar al fondo del problema y plantear la problemática de cada precepto; estudiando los Derechos extranjeros con profundidad, pero sin emplearlos en desfigurar el español; concediendo en éste toda la atención precisa a la base histórica, jurisprudencial o doctrinal, pero constituyendo sobre ella doctrina y soluciones propias..."

C. B.

2. DONISI (Carminé): "Il problema dei negozi giuridici unilaterali". Casa Editrice .Doct. Eugenio Jovene. Napoli, 1972. 507 págs.

I. El tema del negocio jurídico unilateral atípico es muy digno de atención; incide en el centro mismo de la problemática de la autonomía de la voluntad y el concepto que de él se acepte afectará todo el área del negocio jurídico, es decir, tocará el centro más sensible del Derecho privado. Los juristas deben, por ello, gratitud al profesor Donisi, que lo estudia con detalle y amplitud hasta ahora desconocida en la doctrina.

El libro del que se da cuenta contiene un trabajo denso y que ha de ser leído y meditado con despacio. Revela una labor muy intensa y extensa. Está esmaltado de una cantidad abrumadora de notas, y se extiende en repetidas disgresiones sobre cuestiones conexas al tema del negocio unilateral. Impresiona especialmente el número de obras citadas, utilizadas y discutidas. En el índice de autores se mencionan unos 717, de algunos de los cuales se mencionan varias obras. De este modo, el autor tiene en cuenta e informa su trabajo con el pensamiento de la doctrina más autorizada de los distintos países, en especial de la italiana, francesa y alemana; de la española, se utilizan las publicaciones de siete conocidos autores.

El principal atractivo de la obra reseñada se encuentra en su prurito de originalidad. Se enfrenta con valentía, constantemente, en cualquier ocasión, con opiniones recibidas tradicionalmente, frente a los criterios que parecían más sólidos y mejor establecidos. Interés básico de la obra, que lleva también consigo la dificultad de su reseña. Ir examinando todas y cada una de las novedades propuestas y dar cuenta de las observaciones que ellas sugieren sería lo deseable, pero esto requeriría un libro de regular formato. Lo que hace aconsejable recortar el alcance de estas notas, reducidas a exponer la tesis central del autor y al esbozo de las principales dudas que ella suscita.

II. La "bête moir" para nuestro autor es la doctrina generalmente aceptada en Italia y otros países, según la cual los negocios jurídicos unilaterales son admisibles sólo cuando están tipificados legalmente, y que, en su consecuencia, quedan excluidos de la protección legal los negocios jurídicos unilaterales atípicos o innominados (1).

El principio generalmente aceptado de la tipicidad legal se rechaza por el autor, ante todo como contrario al axioma de que la autonomía de la voluntad no ha de estar sometida a límites arbitrarios. La exigencia de una tipificación legal para los llamados negocios jurídicos unilaterales es censurada, mediante

(1) Una clara expresión de la opinión común es la siguiente: "los negocios jurídicos unilaterales son esencialmente típicos; de hecho, a diferencia del contrato, su eficacia se dirige *siempre* a la esfera del tercero, de modo que aplicando el principio recordado de la independencia de cada esfera individual, no puede respecto de ellas haber libertad para crear figuras extralegales, sino solamente autonomía respecto al contenido del acto", *Comentarios al Codice Civile, D'Amelio, Finzi*, p. 316.

El Código civil portugués de 1966 establece como "principio general", respecto de los negocios unilaterales, en el artículo 457, que: "La promesa unilateral de una prestación obliga sólo en los casos previstos por la ley".

la crítica de las que el autor estima bases de dicha exigencia de tipificación, es decir, la de la intangibilidad de la esfera jurídica individual y la de la conveniencia de evitar dar protección jurídica a actos no meditados. El criterio de la intangibilidad de cada esfera individual frente a los actos ajenos no consentidos es acusado de ser dogma resultante de un individualismo exagerado y contrario a las tendencias modernas de solidaridad social y favorecedoras de la economía de medios (evitar la espera al consentimiento y los requisitos de acuerdo y forma). La protección del declarante frente a su posible imprevisión se entiende innecesaria, dada la madurez del hombre actual.

2. El autor limita el alcance de su teoría, al aplicarla a los negocios jurídicos unilaterales patrimoniales intervivos; éstos entiende que gozan de operatividad inmediata sobre la esfera ajena, siempre que produzcan efectos favorables o ventajosos en sentido jurídico, es decir, cuando llevan consigo la adquisición de derechos o la liberación de obligaciones. La eficacia inmediata del negocio jurídico unilateral se restringe, concediendo al titular de la esfera jurídica, a la que se trata de afectar, una facultad de rechazo o repudio ("rifiuto") que le permita rehusar el efecto ventajoso (en sentido jurídico) que se le impone sin su consentimiento.

La justificación de la protección jurídica concedida a los llamados negocios jurídicos unilaterales innominados se basa en la exigencia de que el tal negocio jurídico pase con un buen éxito los siguientes controles preventivos: el primero, en nivel más genérico, tiene por objeto investigar sobre el merecimiento ("meritevolezza") (2) de los intereses a realizar; el segundo y el tercero, en un nivel más específico y más riguroso, tienden a averiguar, en primer lugar, la existencia en el acto atípico de una adecuada función negocial en sentido estricto (control de causalidad o funcionalidad); después, en segundo lugar, la conformidad del mismo (y, por tanto, no sólo de su función) a las normas imperativas, a las buenas costumbres y al orden público (control de licitud).

3. Cuida el autor de contrastar su construcción con una serie de figuras jurídicas concretas. Admitida como regla general la existencia de negocios jurídicos unilaterales atípicos, en la esfera patrimonial intervivos, la cita de casos hecha será a modo de ejemplo, para mostrar la utilidad práctica de la teoría. A lo largo del libro se van estudiando o señalando algunos nuevos esquemas de negocios unilaterales; así se trata, al dicho efecto, de el asumir una obligación de afianzamiento, de la constitución de una renta vitalicia, del negocio unilateral recepticio de expromisión cumulativa, de los títulos causales innominados, de la declaración de saldo, del negocio unilateral de contratación, de la aprobación de transferencia de acciones nominativas (el llamado *placet*), de la declamación de conformidad ("benestare"), de la constitución, renuncia y reconocimiento de derechos reales limitados ("iura in re aliena").

(2) El principio de la autonomía contractual es definido en el Código civil italiano de 1942, diciendo: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato en los límites impuestos por las leyes y por las normas corporativas.

Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular, con tal que se dirijan a realizar intereses *merecedores* de ser tutelados según el ordenamiento jurídico" (art. 1.322). El subrayado es nuestro.

En refuerzo de su tesis recuerda la existencia en el sistema positivo de casos en que el efecto traslativo va unido a un paradigma negocial unilateral, y cita en primer lugar el acto de cumplimiento de la obligación natural y la individualización de conjuntos negociales en términos unilaterales como, por ejemplo, las donaciones por razón de matrimonio, la liberación "extrajudicial" del fondo enfiteútico, el abandono liberatorio del fundo sirviente, el cumplimiento de la obligación legal de transferir, el giro de los títulos de crédito, la elección del donatario para la colación "in natura" de bienes inmuebles.

4. Es de tener también en cuenta que el autor, siguiendo con ello la opinión más común, excluye del elenco de negocios jurídicos unilaterales atípicos, dignos de protección jurídica, a los negocios unilaterales abstractos y con ellos a los títulos de crédito abstractos. Exclusión lógica, pues la naturaleza abstracta de los negocios está en contradicción con el criterio del autor, el que, como se ha visto, exige que el negocio unilateral atípico haya de pasar los tres antes citados controles.

III. 1. Como se ha indicado ya al comienzo de estas notas, no resulta fácil el estudio crítico del libro del profesor Donisi. Está en primer término la circunstancia de tratarse de un estudio italiano, necesariamente referido a la legislación italiana y cuyo Código civil de 1942 contiene importantes novedades en la materia (3). Esta dificultad no es tan grave aquí como pudiera parecer, ya que el autor enfoca las cuestiones tratados en base al Derecho comparado y viéndolas desde tan alto plano dogmático que sus soluciones se presentan como aplicables a la generalidad del Derecho continental.

Otra dificultad, paradójica dada la extensión del libro y lo ambicioso de sus aspiraciones dogmáticas, resulta de que nos deja sin conocer la postura del autor sobre puntos clave y de los que depende la solidez de toda su construcción.

2. El concepto de negocio jurídico, utilizado por Donisi, es más estrecho que el de muchos autores, al limitarlo a los de carácter patrimonial e intervivos. Restricción de dicho concepto que se explica bien, porque ella armoniza con la propuesta del autor de admitir la validez de los negocios jurídicos unilaterales atípicos; dado que en Derecho de familia y en el Derecho de sucesiones se estima imprescindible la tipificación de los negocios.

Mas también tiene valedores, y no se nos dan razones convincentes para rechazarla, la postura doctrinal de quienes defienden la posibilidad y utilidad de un concepto más amplio de negocio jurídico, pensando que así se logra

(3) Parece conveniente recordar las siguientes disposiciones: "1.324. *Normas aplicables a los actos unilaterales.* Salvo otras disposiciones de las leyes, se observarán las normas que regulan los contratos, en cuanto sean compatibles, para los actos unilaterales entre vivos con contenido patrimonial".

"1.334. *Eficacia de los actos unilaterales.* Los actos unilaterales producen efecto desde el momento en que llegan a conocimiento de la persona a la que van destinados".

"1.236. *Declaración de remisión del débito.* La declaración del acreedor de remitir el débito extingue la obligación cuando ella sea comunicada al deudor, salvo que éste declare en tiempo cóngruo que no desea aprovecharse de ella".

También interesan, aunque en grado menor para el tema, los artículos 1.058, 1.333, 1.376, 2.821, entre otros.

llenar lagunas legales y poder aplicar un criterio orientador a figuras de carácter no patrimonial (4).

En verdad, se trata de una preferencia metódica que habrá de resolverse con prudencia mejor que con la lógica, y la que por tanto no es necesario se le discuta ahora.

3. El autor no ha creído necesario o prudente explicarnos cuál sea su concepto de negocio jurídico, vacío que dificulta entender bien su pensamiento. No se trata de exigir una definición del negocio jurídico, sino de una queja por habérsenos dejado en la ignorancia de cuál sea la concepción sobre la que se basa su construcción jurídica. Es decir, nos preguntamos, y no se encuentra al efecto una respuesta clara, sobre lo que significa *lo negocial* en los actos que se enumeran como negocios jurídicos unilaterales. La autonomía de la voluntad puede entenderse en sentido amplio y comprender las declaraciones de voluntad que consistan en el ejercicio de derechos o facultades que el Derecho deja al arbitrio de la persona, y también cabe darle un significado más estricto, para el que precisamente es usual emplear el término de negocio jurídico, cuando se le refiere a la potestad reglamentadora reconocida o concedida a la persona por el ordenamiento jurídico de crear relaciones negociales o complejos de facultades, derechos, cargas y obligaciones.

En los ejemplos de negocio unilaterales expresamente reconocidos por la ley (tipificación legal) y, con mayor énfasis, en los negocios unilaterales no reconocidos expresamente por la ley (atípicos o innominados), postula el autor la independencia de la declaración de voluntad dirigida a crear un derecho o a extinguir una obligación, de la relación negocial de la que forma parte y del negocio jurídico en que ésta se fundamenta (mandato, compra, donación, fianza; ser gratuito u oneroso, atípico) (5). Este es un resultado que se busca también por los defensores de la admisión de los negocios abstractos. Mas nuestro autor sigue otro camino, y extrema su pretensión al defender la validez de los negocios unilaterales sin necesidad de la aceptación de quién recibe la declaración; imponiendo a éste lo querido por el declarante, sin otra base legal (negocio atípico) que la voluntad del declarante (6).

(4) En esta dirección, por ejemplo, DÍEZ PIČAZO, *El negocio jurídico del Derecho de familia*, R.G.L.J., 110 (1962, junio, p. 771); CASTRO, *El negocio jurídico*, 1967, §§ 21 y 22, págs. 22 y 23; DESCHENAUX, *Einleitungstitel*, p. 56, en *Schweizerisches Privatrecht, herausgegeben von Max Gutzwiller*, 1967.

(5) La conexión entre el negocio principal y la facultad que aparece dependizada (constitución de fianza, renuncia, asunción de deuda, pago, etc.), queda disimulada por la variedad de tipos que puede tener el negocio principal (mandato, compra, donación, transacción, etc.) y de su carácter (oneroso, gratuito); relación entre negocio principal y declaraciones de voluntad y ejercicio de facultades que se oculta más aún en los supuestos de relación trilateral (por ejemplo, de acreedor-deudor, acreedor-fiador, deudor-fiador), en las que se considera la protección de cada tercero.

(6) El autor tiene presente que varias de las facultades referidas como negocios unilaterales son considerados por parte de la doctrina como derechos potestativos; advierte entonces que su coincidencia con tal discutida figura es meramente marginal, ya que en los llamados derechos potestativos no se permite la elección y hay que someterse a los efectos derivados del mismo; o sea, que frente al ejercicio de los derechos potestativos no cabe el rechazo ("rifiuto"). Mas si se observan los ejemplos dados de negocios unilaterales típicos, resulta

El autor, como antes se ha indicado, precavidamente y con generoso ingenio, delimita y condiciona las atrevidas consecuencias de su teoría, respecto de cada una de las esferas a las que afecta el negocio unilateral atípico. Condicionamiento que convendrá estudiar por separado.

4. El gran obstáculo con el que choca la teoría estudiada es el del respeto debido a la esfera jurídica ajena. El autor ha tratado de disminuir las dificultades que encuentra, restringiendo el alcance de su teoría. Mas, aun con tales limitaciones, se mantiene en todo caso que mediante los negocios unilaterales atípicos es posible la intrusión y modificación de una esfera jurídica extraña sin consentimiento del afectado. El autor busca justificar esa posibilidad citando los que llama principios de solidaridad social y de la economía de medios y censurando el individualismo; pero deja sin explicarnos el significado que atribuye a esas referencias tópicas y cómo son aplicables a cada uno de los supuestos de negocios unilaterales innominados o atípicos.

Desde un punto de vista de "lege ferenda", el principio de la intangibilidad de la esfera jurídica personal es una exigencia de la libertad personal. Desde el mismo punto de vista, tampoco se atisba cómo el principio de solidaridad pueda aconsejar que se deje al arbitrio individual invadir sin autorización la esfera jurídica ajena, cuando ello no está justificado por consideraciones sociales o por el bien común.

De "lege lata", conforme al Derecho positivo, hay que reconocer la inexistencia de disposiciones que rechacen los negocios jurídicos unilaterales atípicos; tampoco los hay admitiéndolos. ¿Supone ello una laguna legal? No parece exista, si tenemos en cuenta el espíritu del ordenamiento jurídico o los principios generales que lo inspiran. La autonomía de la voluntad descansa sobre la idea de la intangibilidad de la propia esfera jurídica, a no ser por declaración de la propia voluntad. La regla romana "invito beneficium non datur" fue comentada diciendo: "Está en nuestro poder servirnos de las ventajas que nos concede la ley o de renunciar a ellas, cuando no se trata más que de nuestro interés; porque, aunque sea natural aprovecharnos del bien que se nos quiera hacer, el rehusar no es contrario al orden de las cosas, cuando para ello se tienen razones y cuando al rehusar no se comete injusticia respecto de otros (7). Este pensamiento ha seguido imperando en los ordenamientos jurídicos modernos. Los medios más típicos de producir un efecto jurídico favorable (en sentido jurídico) en una esfera jurídica ajena, requieren normalmente la aceptación del presunto favorecido; así se exige para la donación (art. 629 C. c.) (8) y para la aceptación de la herencia (9) ("nemo est heres invitus") (10).

que respecto de un cierto número de ellos no cabe el rechazo. ¿Cómo, por qué y para qué incluirlos en la categoría de negocios unilaterales?

(7) DANTOINE, *Les règles de Droit Civil*, 1742, lex LXIX, p. 202.

(8) Regla que habrá que aplicarse también a la condonación (art. 1.187 C. c.). Cuestión distinta es la de la renuncia, amparada por reglas especiales del Código civil español (art. 4, par. 2; 395: 513, 4.º; 546, 5.º; 575, 576, 652, 889, 997, 1.394, 1.705, 1.815, 1.935).

Sobre la renuncia, OJEDA, *La renuncia de los derechos del trabajador*, 1971 (y allí citados). En la doctrina se distingue la repudiación respecto del "ius delatum" o de los "iura quaesita", de la renuncia de "iure quarendum", "quae-

5. La facultad de romper la intangibilidad de la esfera jurídica ajena es limitada por nuestro autor a los casos de negocios jurídicos unilaterales atípicos que supongan un efecto favorable en sentido jurídico, para aquel a quien vaya dirigida la declaración de voluntad negocial. La ventaja o beneficio calificada de jurídica, se nos ha dicho, es aquella que consiste en la atribución de un derecho o en la extinción de una obligación, sin que se tenga en cuenta el que dicho resultado sea beneficioso o no en la práctica. El carácter ventajoso del negocio queda así reducido a una ficción. En la realidad social podrá implicar efectos desventajosos; por ejemplo, el llevar consigo gravámenes o cargas excesivas, un posible cambio de acreedor que sea más exigente, entregar a un competidor o enemigo la facultad de pedir la declaración de quiebra. No puede desconocerse además la posibilidad de que dicho negocio repercuta desfavorablemente en la fama o buen nombre de la persona. En todo caso, puede ser contrario a la voluntad de ésta. ¿Qué puede justificar jurídicamente que se

redum nondum delatum” y de la renuncia preventiva, respecto de una mera “spes” (herencia futura). Figuras cada una de las cuales está condicionada y tiene efectos condicionados por el carácter de la institución e intereses a los que afectan.

La figura de la renuncia se caracteriza por su eficacia abdicativa, es pensada como poder en la esfera jurídica propia y ello, es así, porque indirectamente pueda afectar favorable o desfavorablemente la esfera jurídica ajena (comp. artículo 1.000 C. c.); el negocio jurídico unilateral, por el contrario, se supone dirigido a afectar la esfera jurídica ajena.

(9) Compárese el artículo 995 de la edición primitiva del Código civil y el artículo 826 del Proyecto de 1851, según los cuales, la mujer casada: “En todo caso, no podrá aceptarla sino a beneficio de inventario”.

(10) El Derecho conoce casos (que así son tipificados) en los que parece permitido afectar la esfera jurídica ajena sin necesidad de aceptación del afectado (arts. 1.158, 1.330). La consideración de estas mismas figuras muestran su carácter limitado y anómalo. Carácter anómalo de las excepciones que viene a confirmar la regla. El pago hecho “pro ignorante et invito cuique licet”, regla que establece el Derecho romano (D. 46, 3, 53), tiene su origen probable en la ventaja que supone al acreedor; “favor creditoris”, propio del antiguo Derecho romano “iure civile constitutum”), regla de la que, con criterio simplista, se deduce ser permitido el pago contra la voluntad del deudor y del acreedor. En el Proyecto de 1851 se establecía que si el tercero pagó contra la voluntad del deudor no podrá repetir contra éste (art. 1.099). En el Derecho francés se entiende que el motivo único que legitima la intervención del deudor es el interés del deudor (LAURENT, XVII, § 485, p. 477) y que el deudor dispuesto a cumplir puede prohibir que el acreedor acepte el pago de cualquiera otro que no sea él mismo (RIPERT, BOULANGER, II, § 1.515, p. 559). Nuestro Código, en cambio, no atiende a la voluntad contraria del deudor, excepto para decir que el acreedor no podrá repetir más que aquello en que hubiera sido útil el pago al deudor (art. 1.158).

Para la validez de la donación por razón de matrimonio no se requiere su aceptación; lo que significa, como dice el Proyecto de 1851, “que las donaciones matrimoniales no pueden ser anuladas ni revocadas por falta de aceptación” (art. 1.247). El cambio de redacción que supone el artículo 1.330 del Código, no parece que haya dado fuerza al precepto hasta imponer el beneficio de la donación sin o contra la voluntad del beneficiado; como en el Derecho francés (RIPERT, BOULANGER, IV, § 3.825, p. 1.214) y como entendiera GARCÍA GOYENA (III, p. 264), para la aceptación de esta clase de donación (en ello consiste la especialidad del caso) no se requiere que ella sea expresa y bastará la aceptación tácita.

imponga como ventajoso lo que la persona considera desventajoso o que ella no quiere?

6. Frente a las observaciones hechas, el autor imagina como válvula de seguridad una específica facultad de rechazo. Por desgracia, dicha facultad de rechazo no parece realmente satisfactoria. Conceder que la tal facultad tenga alcance ilimitado, pueda ejercitarse en cualquier momento y de cualquier forma, equivale en la práctica a que dependa la eficacia definitiva del negocio unilateral atípico de la aceptación expresa o tácita de quien recibe la declaración. Lo que hace inesquivable para la defensa de la teoría plantearse la pregunta de cuál sea "la dimensión temporal" de esta facultad de rechazo, con la grave consecuencia de tener que fijar cuándo el rechazo se considera "tardío" y, por tanto, ineficaz.

El autor conoce la dificultad del problema planteado. Para resolverlo, piensa que, metodológicamente, el único camino aceptable es elegir entre alguno de los posibles indicios de valoración aplicados por el Código civil italiano (deducibles de los artículos 1.183, párr. 1.º; 1.326, párr. 2.º; 1.333, párr. 2.º; 1.454, párr. 2.º) (11). *Haciendo depender de la analogía de las dichas figuras con la estructura y la función del paradigma negocial unilateral, la aplicación de uno u otro indicio.*

Se nos advierte todavía de que la cuestión "necesitaría de un atento examen". Es muy de lamentar que no se haya hecho; tanto más cuanto que la viabilidad de la teoría en su conjunto puede depender de cómo se la conteste. Privados de la experta guía de un especialista del tema, como lo es el autor, es difícil ver dónde se encontrarán los usos a que se nos remite y cómo se ha de calificar la naturaleza del heteróclito conjunto de negocios unilaterales atípicos. Mientras no se nos enseñe el porqué de lo contrario, lo más seguro será seguir pensando que lo usual, lo más conforme a la naturaleza de los asuntos y hasta lo que por la analogía con los artículos citados del Código civil italiano parece inferirse, habrá de ser el entender que la comunicación de una declaración de negocio unilateral atípico que se estime inaceptable, oficiosidad o intromisión impertinente, sea considerada también, por lo mismo, no necesitada de respuesta. Parece contrario a la naturaleza de las cosas que un rechazo, en tales circunstancias, pueda resultar "tardío" y que por ello caduque la facultad de rechazar. Quien nada ha hecho ni dicho no se sentirá obligado a emitir su rechazo o emitirlo diligentemente y tampoco a probar haber emitido de forma y manera adecuada dicho rechazo.

(11) Art. 1.183, § 1.º. "Si no se ha determinado el tiempo en que la prestación debe ser cumplida, el acreedor puede exigirla inmediatamente. Cuando aún, en virtud de los usos o por la naturaleza de la prestación o bien por el modo o el lugar de su cumplimiento, sea necesario un término, éste, a falta de acuerdo de las partes, lo establece el juez".

Artículo 1.454, § 2.º. "El término no puede ser inferior a quince días, no por él establecido o en aquel ordinariamente necesario según la naturaleza del asunto o según los usos".

Artículo 1.326, § 2.º. "La aceptación debe llegar al proponente en el término salvo pacto de las partes o salvo que, por la naturaleza del contrato o según los usos, resulte congruente un término menor". Se refiere el caso de que se intime por escrito a la parte que incumple para que cumpla dentro de un tiempo congruente, con la declaración de que transcurrido inútilmente dicho término se entenderá sin más resuelto el contrato.

7. Como ya se ha indicado, el autor no ha seguido el camino fácil de considerar negocios abstractos sus negocios unilaterales atípicos. Con buen sentido jurídico se ha preocupado de estudiar su fundamento jurídico. Este lo encuentra en el paso de los tres controles antes citados (merecimiento, funcionalidad, licitud). En el fondo coincide con la doctrina tradicional de la causa. La causa del negocio se requiere sea lícita; sólo cabrá referir la causa a lo que funcione o haya de funcionar negocialmente y la nota exigida de que sea merecedor de tutela jurídica el negocio unilateral atípico, parece implícita en el requisito de licitud (estar de acuerdo, o no contradecir los principios del ordenamiento jurídico).

No se ve, en cambio, justificada la repulsa de la distinción entre negocios gratuitos y onerosos. Aunque se admita la existencia de algún otro tipo de causa, no puede desconocerse el carácter central de dicha división de causas, fundamental para explicarse el funcionamiento del patrimonio. Los derechos, los bienes afectados por los negocios, entran y salen del patrimonio, las obligaciones son asumidas o son liberadas de diferentes formas y con distintos efecto, según su entrada o salida vaya marcada con el sello de lo oneroso o de lo gratuito. Mayor o menor firmeza de la atribución o de la transmisión, que importa en la relación entre las partes, respecto a sus sucesores, de sus socios, del cónyuge, de los respectivos acreedores actuales y futuros y de otros terceros. Aquí, como respecto de varias cuestiones planteadas en el libro reseñado, se echa de menos el que el autor no haya contemplado sus tesis a la luz del juego del patrimonio, en sus diversas manifestaciones.

IV. Estas notas se han escrito con el propósito de exponer la teoría innovadora de Donisi, y contrastar con ella lo que puede considerarse como la vigente opinión común. Enfrentamiento que ha parecido ineludible para poner bien de relieve la novedad de la tesis mantenida y para preguntarse sobre la posibilidad de su aceptación por la mayoría de la doctrina. Examen, exposición y contraste que se ha pretendido sean realizados del modo más objetivo posible. La extensión dada a la exposición crítica de dudas, observaciones y argumentos en contrario se han limitado al máximo. Si resulta quizá excesiva, ello se debe a la importancia dada a la obra que se reseña. Lo sugestivo de su posición "novedosa" y hasta "contestaria" frente la opinión común exigían detenerse en el estudio de las cuestiones planteadas; incluso defender el aparato conceptual con el que hoy se apresa y expone el sistema de estructuras vigentes, frente al ataque que aquella significa. Mientras no se demuestre cumplidamente su falsedad, ha parecido prudente no abandonar las ideas generalmente recibidas.

Es de advertir, todavía, el temor de que, al condensar con exceso la tesis y los razonamientos del autor, no se haya sabido dar cuenta de la riqueza de su contenido. Esta nota podrá al menos servir para destacar su interés e incitar así a que el lector busque conocer y comprobar por sí mismo lo que de positivo aporta dicha obra a la ciencia del Derecho.

C. B.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ARANZADI: "Leyes civiles sustantivas". Editorial Aranzadi. Pamplona. 1973, 1945 págs.

Cumpliendo lo anunciado, la Editorial Aranzadi prosigue la publicación de su colección titulada «Legislación Civil». Conforme al plan trazado, después del tomo rotulado «Código civil», aparece ahora este segundo tomo, dedicado a «Leyes civiles sustantivas».

Según se nos dice, se han recogido trescientas diecinueve disposiciones legales, de las que ciento diez se sitúan con números marginales y las demás en notas.

Especialmente debe destacarse que, en este libro, a diferencia del criterio de otras publicaciones de textos legales, se reconoce el valor sustantivo de una serie de disposiciones que corrientemente se reúnen con el nombre de «Leyes Administrativas». Nos parece un acierto, tanto desde el punto de vista dogmático como desde su consideración práctica, el reunir como leyes civiles sustantivas las que el mismo Código civil califica como tales, y también a las de naturaleza análoga. Así, se recogen las leyes y reglamentos de aguas, minas, montes, propiedad intelectual, estatuto de la propiedad industrial, patrimonio del Estado, expropiación, caza, etc. También ha de mencionarse que se publican los Convenios internacionales sobre materias sustantivas civiles.

Comprende este tomo disposiciones aparecidas en 1973, así la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, la Ley de Bases para modificar el título preliminar del Código civil y la ley Reguladora de Minas.

Para el mejor manejo del libro se insertan un índice cronológico, un índice de disposiciones complementarias no recogidas por orden alfabético, con referencia al Repertorio de Legislación Aranzadi y un índice alfabético de conceptos. El volumen está impreso con el mismo cuidadoso esmero que el Código civil, de cuya publicación este ANUARIO ha dado ya cuenta.

R.

P. S. Atiyah: "An Introduction to the Law of Contract", 2.^a ed., Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1971, X + 290 págs.

En el breve prólogo a la segunda edición de este libro —separada de la primera por un intervalo de diez años—, nos dice su autor que ha crecido constantemente en él la preocupación por «los fundamentos racionales del derecho de los contratos y los valores encerrados en esta rama del Derecho», extremo so-

bre el que se insiste una y otra vez, hasta el punto de que en el prólogo apenas se desarrolla idea distinta de ésta.

La verdad es, sin embargo, que cuando se pasa a la lectura del libro esta preocupación en gran medida se olvida o, cuando menos, queda superada por la de un tratamiento jurídico estricto, por así decirlo, de las instituciones del Derecho de los contratos. La preocupación, es cierto, preside los capítulos inicial y final, a los que no se debe vacilar en calificar como los más débiles del libro. El capítulo I (*El desarrollo del Derecho moderno de contratos*) marca como ejemplos de inflexiones modernas la preocupación por los contratos de adhesión y, sobre todo, por las cláusulas de exoneración de responsabilidad contenidas en los mismos, al tiempo que reflexiona, en un plano de mayor altura, sobre el carácter relativo de la libertad de las partes en la celebración de los contratos y sobre la circunstancia de que a las partes corresponde muchas veces sólo «la creación actual del contrato», pero no «su regulación detallada» (pág. 11), que puede venir dada por reglas objetivas o, en los contratos de adhesión, por decisiones unilaterales de una de las partes. Es perceptible en el libro tanto la falta de novedad de estas reflexiones como la escasez, mejor la inexistencia, de referencias a múltiples estudios previos más profundos. Que lo esencial en el contrato es la constitución de la relación jurídica, porque la regulación de la relación constituida pueda venir de otras fuentes, es algo estudiado, por ejemplo, hace ya décadas, por Carnelutti, con agudeza característica, y llegando a la postre a la conclusión de que la regulación es un elemento sólo accidental del contrato (*Teoría del reglamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padua, 1936, págs. 11 y ss.; incidentalmente el que se traiga a colación aquí un libro de Carnelutti sobre Derecho del Trabajo es especialmente pertinente, porque en el Atiyah que se comenta, aunque de doctrina general, una importante parte de los ejemplos e ilustraciones refieren al contrato de trabajo y temas conexos). Que existen compulsiones sociales que llevan a contratar es también algo obvio; no hay que olvidar que ya ha sentenciado Guasp que «el Derecho no es sino lo que los hombres tienen que hacer necesariamente, por el hecho estricto de vivir en sociedad», por lo que «el Derecho se revela formalmente como una pura y simple necesidad social» (*Derecho*, Madrid, 1971, págs. 62 y 77; en el original las cursivas; por cierto que el ejemplo que se pone aquí por Atiyah en el contrato de trabajo; lo mismo podía haberse dicho del de préstamo o del de arrendamiento de finca urbana o del de compraventa, con excepción, quizá, de la referida a bienes suntuarios). El capítulo XXVI y último (*El futuro del Derecho de los contratos*) es también de una gran pobreza, aquí en cierto modo explicable porque hay una remisión implícita a indicaciones ya hechas en páginas anteriores; de nuevo aparece el tema de la vigilancia de los contratos de adhesión y las cláusulas de exoneración de responsabilidad que puedan en ellos ser incluidas, al que se unen ahora la necesidad de modificar las reglas en cuanto a la capacidad contractual de los menores y en cuanto a los contratos en beneficio del tercero.

Todo lo que en lo que precede pueda ser crítica desfavorable cambia por completo de signo en cuanto al grueso del libro, una exposición en la más pura tradición de *Common Law* del derecho general de la contratación; la condensación en la exposición de ideas no sólo no quita, sino que añade interés al libro, al evitarse descripciones farragosas, y reducir al mínimo las citas textuales de las

decisiones judiciales, aunque por supuesto el libro esté construido casi exclusivamente sobre las propias decisiones, salvo en los escasos puntos concretos en que existe pronunciamiento legislativo. Pocos tratamientos más claros podrán leerse de la doctrina *Consideration* como el contenido en las páginas 62 a 91 de este libro; la distinción entre la *Consideration* como beneficio que una de las partes obtiene o puede obtener del contrato y/o como menoscabo que puede sufrir la otra, y la *Consideration* como «precio de la promesa» contractual es especialmente feliz y está expuesta con esmero sumo y técnica jurídica muy elevada. Lo mismo puede decirse de las reflexiones en torno a la teoría de la *Frustration* (págs. 163 a 178) una excelente exposición del juego de la fuerza mayor y del caso fortuito sobre las obligaciones contractuales, incluido el supuesto en que el efecto de aquéllos sea la onerosidad excesiva de las prestaciones. Finalmente, por no hacer la lista interminable, el análisis unitario de las acciones indemnizatorias por incumplimiento contenido en las páginas 261 a 273, separado del estudio subsiguiente de las pretensiones de cumplimiento (ejecución específica de los contratos de dar; de los de hacer, en los reducidos supuestos en que se admite; interdicción en el de no hacer) es también un ejemplo de concisión y de claridad.

Tratándose de un libro de Derecho general de los contratos, de la *Law of Contract* como los anglosajones la entienden (incluyendo así gran parte de la teoría general del negocio jurídico, más virtualmente íntegra la doctrina general sobre las obligaciones, más íntegramente, por supuesto, la doctrina general sobre los contratos), las referencias a los contratos en particular son episódicas o ejemplares, sin hacerse un análisis específico de las diferentes clases o figuras de contratos. Quizá deba por esto mismo llamarse la atención sobre que sea precisamente el contrato de trabajo —o relaciones jurídicas en conexión íntima con el mismo— el que con más frecuencia se traiga a colación para ilustrar el juego de las doctrinas generales. Así, aparte de las referencias que han quedado ya hechas, para explicar y exponer las limitaciones al principio de autonomía de la voluntad (págs. 19-20; 207-208); para dar ejemplos de acuerdo entre partes que no generan acciones ejercitables ante los tribunales (pág. 63; el ejemplo es el de los convenios colectivos, por cierto hoy ya sólo aceptable con limitaciones, a partir de la entrada en vigor de la sección 34 de la *Industrial Relations Act* 1971; cfr. J. L. Gayler y R. L. Purvis, *Industrial Law*, 2.^a ed., Londres, 1972, págs. 334 y ss.); en cuanto a los efectos de la intimidación sobre el consentimiento (páginas 77-78); en cuanto a la capacidad para contratar de los menores (págs. 100-101); para exponer las responsabilidades que de la ejecución de un contrato puedan derivarse para las partes con relación a un tercero (págs. 139-140 y 144); para exponer el juego de las condiciones «implícitas» del contrato y su interpretación (páginas 146-148); para reflexionar sobre la cuantía de las indemnizaciones por incumplimiento (pág. 162) y sobre la extinción del contrato por fuerza mayor (página 164); para exponer las limitaciones a la libertad de las partes que derivan del mero hecho de asumir obligaciones contractuales (pág. 208); para analizar la ineficacia de los contratos por ilicitud de su causa u objeto (pág. 223) y los casos de imposibilidad o prohibición de cesión de créditos (pág. 232), etc. (Las referencias, insisto, son abundantísimas y, en suma, no vienen sino a demostrar, una vez más, la fenomenal importancia del contrato de trabajo en el ordena-

miento jurídico y la imposibilidad de elaborar un «derecho de los contratos», o una teoría general de los mismos, que no tenga presente esta figura.

Para concluir, el libro de Atiyah, en lo que tiene de estrictamente jurídico, es una excelente aportación a la serie en que se publica, pese a las deficiencias de sus intentos de aproximación sociológica al Derecho; para ésta puede consultarse últimamente el libro, en la misma colección, *Law in Society*, de G. Sawyer.

M. ALONSO OLEA

CASTRO Y BRAVO, Federico: "Temas de Derecho civil". Madrid. Marisal, A. G. Madrid 1972. 185 págs.

El libro de cuya publicación se da ahora cuanta, ha venido a completar la serie de obras del autor dedicadas al estudio de lo que se ha solido llamar Parte General del Derecho civil. En «Compendio de Derecho civil, Introducción y Derecho de la persona», quinta edición, Madrid 1970, se recoge —en síntesis apretada y poniéndolo al día —lo escrito en «Derecho civil de España, I, «Introducción al Derecho civil», 3.ª edición, Madrid, 1955, y en «Derecho de la persona», Madrid 1952; obras hace años agotadas. En «El negocio jurídico», publicado como volumen X del «Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil», editado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1967, reimpreso en 1971, se trata de la materia propia a la autonomía de la voluntad, aunque desviándose del proceder habitual, se excluye de su examen la doctrina de la representación, posiblemente por haberse considerado conveniente estudiar conjuntamente la representación voluntaria y la representación legal, y no encajar ésta en la esfera de la autonomía de la voluntad. Con la denominación de «Temas de Derecho civil», se han recogido, en 1972, estudios sobre las restantes cuestiones, también propias de la Parte General del Derecho civil, y no tratadas en las citadas obras anteriores. Comprende el estudio de los siguientes «temas». Bienes de la personalidad, Patrimonio, Persona jurídica, Representación, Abuso de los derechos, Prescripción y caducidad.

Sobre el carácter y propósitos de la publicación de «Temas de Derecho civil», ha parecido lo más adecuado reproducir lo que el autor nos dice en el «Prólogo» de dicha obra. Sus palabras son las siguientes:

«Me señalan la conveniencia, la urgencia, de publicar unas «Lecciones» que sirvieran para sustituir los «Apuntes» en circulación entre los estudiantes; lo que me dicen es más necesario ahora, dada mi situación de excedencia especial.

He dudado antes de decidirme. Lo escaso de mi tiempo disponible y el tener que cambiar mis planes de trabajo, me inclinaban a negarme. Desde hace años tengo a medio terminar algunos de los temas aquí tratados y esperaba que ahora, sin el agobio de las clases en la Universidad, podría ir publicándolos en una serie de estudios monográficos.

La amistosa insistencia me ha decidido. ¿Cómo desatenderla? Era —se me decía— cumplir con un deber. También se pondría término a que me tribuyesen —incluso en libros de alta calidad científica— opiniones que no son más, en base a unos y otros «Apuntes».

Pensé, entonces, que podría aprovechar estos meses, en que vaca el Tribunal Internacional de Justicia, para redactar esas «Lecciones», dando para ello forma a los esquemas redactados para las explicaciones de clase.

Mas los libros, hasta los de Derecho, imponen su propio criterio al autor y el resultado de lo escrito dista mucho de lo propuesto y querido.

Conforme a lo proyectado, he podado drásticamente del texto el aparato erudito preparado, citas, discusiones teóricas, Derecho comparado, historia detallada de conceptos y dogmas jurídicos. Pero, en el momento de la redacción, he sentido la imposibilidad moral de no recoger con algún detalle la evolución de la moderna doctrina jurisprudencial y no justificar el por qué me aparto, cuando creo he de hacerlo, de la opinión común o el por qué entiendo no puedo evitar el contradecir la de algún autor para mí especialmente autorizado.

Con todo ello, el libro ha crecido y ha cambiado de carácter. Tiene un contenido más amplio y apretado que el propio para la finalidad estricta de la docencia y no llega a tener el detalle de unos estudios monográficos. De ahí ese nombre incoloro de «Temas» bajo el que se ampara.

En fin, aunque escrito en una especie de carrera contra reloj, espero que estos «Temas» puedan ser de alguna utilidad. Más que por dar a conocer y someter a la crítica lo que he venido explicando sobre estas cuestiones, por su intento de exponer y examinar la evolución moderna de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los temas tratados.»

X. Z

COTTELY, Esteban: "Teoría del Derecho económico". Frigerio, Artes Gráficas, S. A. C e I. Buenos Aires, 1971, 574 págs.

La finalidad de esta obra no responde al sentido estricto que hace suponer su título. Es mucho más ambiciosa. En el Prólogo nos advierte ya el autor que para él «no tiene sentido ocuparse del derecho económico si lo conceptuamos como una nueva rama, lateral de otras disciplinas jurídicas tradicionales: Su propósito es proponernos una concepción nueva del Derecho y, hasta cierto punto de la Economía; disciplinas que se consideran en una mutua acción y reacción.

La valoración recíproca entre Economía y Derecho es bien conocida desde antiguo. Mas para Carnelutti, por ejemplo, «el fin del Derecho consiste en «imponer la Ética a la Economía» («Teoria generale del Diritto», Roma, 1951, página 21), Cottely ve el Derecho económico no sólo en situación de igualdad con la Economía, sino de dependencia, aunque reconociendo que pueda tener ciertas finalidades sociológico-políticas.

El pensamiento del autor se traduce en el esquema que ofrece para «la sistematización institucional de la materia jurídica» Distingue dos grandes grupos, las normas del Derecho político y las del Derecho económico, las que, a su vez, divide verticalmente en dos subgrupos: a) macrojurídico y b) microjurídico.

El Derecho político comprende: 1. Constitución: a) Estructura del Estado y b) Estado personal y familiar del individuo. 2. Legislación: a) Fuentes del Derecho; b) Estado político del individuo. 3. Administración: a) Organización administrativa; b) Estado administrativo del individuo. 4. Jurisdicción: a) Organi-

zación judicial; b) Tutela de los derechos (procedimiento penal, civil y administrativo).

Con más detalle se hace la distribución de materias del Derecho económico. A pesar de su extensión, nos parece interesante reproducirla en su totalidad. Primera parte. Trabajo (vínculos laborales). 1. Macrojurídico: Empresa; Planta; Planificación; Sociedades, Cooperativas sociedades de seguro; Asociación en participación; Participación del trabajo en la empresa; Propiedad industrial (patentes, marcas); Normas gremiales (contrato colectivo de trabajo); Previsión social; Profesiones libres; Disciplina de la competencia. 2. Microjurídico: Empresario; Ingreso-ganancia; Conducción empresarial (teneduría de libros, etc.), socio, obligaciones sociales; Contrato de seguro; Contrato de participación; Vinculación de dependencia; Propiedad intelectual; Contrato de trabajo; Remuneración; Trabajo autónomo; concurrencia desleal. Segunda parte. Vínculos reales. 1. Macrojurídico: Patrimonio; Límites del patrimonio; Prescripción (adquisitiva, liberatoria); Sistema impositivo; Racionalización, Racionamiento. 2. Microjurídico: Bienes; Propiedad, posesión, tenencia, Garantía real; Condominio, Servidumbre, Usufructo, uso, habitación. Tercera parte. 1. Macrojurídico: Poder adquisitivo (moneda, crédito bancario, títulos valores); Disciplina del crédito y de la bolsa; Usura y agro; Disciplina del intercambio, quiebra, moratoria. 2. Microjurídico: Operaciones del crédito y de la bolsa; Contratos; Intereses, precios; Tipos de cambio; Pagos (deuda, «acrecencia»).

Para ahondar en el examen del Derecho económico, el autor estudia las que llama categorías del Derecho económico, es decir, organización, administración, «compromisión» (donde estudia el concepto de dinero), asociación, comunión de bienes, participación, señorío (donde trata de la propiedad), convención, prestación, gestión, asignación y relación.

Termina la obra con una parte dedicada a la «Dinámica económica-jurídica», en la que se va tratando de: Desarrollo económico, Modelo económico y estructura jurídica dinámica. Ahorro, inflación y deflación.

El libro reseñado, en sus novedades, podrá interesar al filósofo del Derecho, al economista y a todos los preocupados por el valor científico del Derecho. La visión del Derecho de Cottley, calificada de empírica y realista, es ciertamente muy discutible. La polarización del Derecho en Política y Economía parece excesiva y deja fuera del Derecho la idea de Justicia, el Derecho de familia y el Derecho internacional. De todos modos, la obra es sugestiva en conjunto, en sus tesis generales y en su detalle.

R.

HERNANDEZ GIL, Antonio: "Metodología de la Ciencia del Derecho".

III. "Nueva evolución de las posiciones y direcciones metodológicas. La tensión formalismo-antiformalismo. Pluralismo." Madrid, 1973. Un volumen de 479 págs.

Después de haber expuesto en un primer volumen «las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales» de la Ciencia del Derecho, el «proceso de su revisión», la «expansión y superación del positivismo» y, en un segundo volumen,

ir más lejos con «las corrientes generales del pensamiento: fenomenología, existencialismo, marxismo, sociología, neopositivismo y estructuralismo; su proyección en la Ciencia del Derecho», el ilustre profesor Hernández Gil concreta ahora el examen de la «nueva evolución de las posiciones y direcciones metodológicas» jurídicas, la tensión «formalismo-antiformalismo», los «pluralismos», para concluir con una «meditación sobre los saberes acerca del Derecho», la pieza más reveladora tanto de su actitud científica, como de su postura metódica dentro del ámbito jurídico.

Esta obra, tan significativa y elocuente de la personalidad científica del autor: como gran jurisconsulto, lo es tanto más como docente, en cuanto maestro de una disciplina, cual es la civilista, en la que el propio autor nos recuerda el origen remoto de su estudio, ese ejercicio escrito de los aspirantes al profesorado universitario acerca de la metodología del saber jurídico, en el que todos desde un principio nos hemos complacido (1). Ahora bien, si aquellos cauces e ideas iniciales sirvieron para predeterminar su obra, mucha es la experiencia y acumulación de saberes, tal como se muestra ahora en plena madurez científica.

Este volumen tercero se centra en las perspectivas filosóficas y metodológicas propiamente jurídicas. En siete amplios capítulos se va pasando revista sucinta, compendiada y críticamente a las posturas contemporáneas y más actuales. Dentro del primer capítulo, se aborda «el problema del formalismo y la dogmática, superación y rectificaciones»; en el segundo, se exponen «los cauces del realismo»; en el tercero, «el derecho y su conocimiento referidos a la conducta, la doctrina egológica»; en el cuarto, «el pluralismo y sus facetas; pluralismo, dualismo y sincretismo frente al monismo»; en el capítulo quinto, se pasa revista a los autores españoles más caracterizados en el pluralismo, en cuanto tendencia más dominante; en el sexto, si bien con mayor acento polémico, se trata de explicar con más amplitud la posición del profesor de Castro y Bravo, al considerarla como «uno de los más profundos y ambiciosos empeños del saber jurídico contemporáneo», concluyéndose, por último, en el capítulo séptimo, con el iusnaturalismo y el comparatismo.

Creo que donde la obra alcanza su valiosa aportación es en el estudio final que, a modo de epílogo, lleva por título «meditación sobre los saberes acerca del Derecho». Como otro ilustre civilista, el profesor Pitlo (2), Hernández Gil parte de un sentido realista de la Ciencia del Derecho cuando se expresa diciendo que «nada puede reputarse establecido de una vez para siempre», puesto que «la noción de orden en todas sus facetas es cambiante y ésta entregada a la creatividad humana de modo indefinido». De aquí que acometa la tarea de una «demarcación del Derecho» comenzado por denunciar en el mundo del saber jurídico cierta regionalización para llegar a formularse la *vexata quaestio* de si el Derecho es uno o, por el contrario, con la expresión Derecho podemos aprehender dos entes u objetivos distintos (un Derecho superior o natural y el positivo efectivamente vigente).

Después de caracterizar críticamente estas dos concepciones, muestra cómo todavía no se fija con claridad el Derecho natural y la ausencia de someter a una

(1) Así, mi *Ensayo para una ontología jurídica civil*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 192 (1952), pp. 659 ss.

(2) PITLO, *Evolutie in het Privaatrech*. Haarlem, 1969.

depuración crítica los excesos del voluntarismo jurídico; en la filosofía del Derecho de signo distinto, desde la perspectiva filosófica del positivismo, aprecia cómo al circunscribirse el Derecho a lo estatalmente preconfigurado e impuesto, además se quiso cortar las alas especulativas de los juristas.

En el estado actual de cosas, el profesor Hernández Gil presenta el auge de las investigaciones sobre metodología del conocimiento jurídico inclinándose por la vertiente de la laxitud en cuanto al criterio de interpretación de las normas, ya que aprecia cómo «la inquisición metodológica precisa del soporte de las visiones a ras de tierra, penetrantes y pormenorizadoras, la *praxis* de la ciencia, de la técnica y de la propia vida espontánea del Derecho.

Consecuente con su idea de variabilidad y contingencia del Derecho positivo, el profesor Hernández Gil pone de relieve la faceta evolutiva y transformadora de cada ordenamiento frente a la «dogmática jurídica» positivista, a su juicio edificada sobre materias movedizas, poniendo en circulación conceptos abstractos, independizados de su génesis y que los recibe como dogmas. Es que la normatividad —afirma— no puede ser borrada por completo del campo de la experiencia jurídica.

Además del conocimiento científico del Derecho, en este estudio se resalta el conocimiento técnico, donde la aplicación judicial del Derecho ostenta respecto de los demás un señalado relieve, debido a su compromiso de neutralidad. Para el profesor Hernández Gil el concepto científico-dogmático del Derecho no queda agotado por las normas de un determinado ordenamiento y como se desarrollan otros tipos de conocimiento del Derecho, como la teoría general del Derecho, el conocimiento histórico, el sociológico y el comparativo, sobre todo, los sugestivos tipos de conocimiento, aun en períodos de desarrollo como son el tratamiento cibernético y el análisis estructural aplicados al Derecho. Respecto al primero, representa todo un planteamiento nuevo como el que supuso siglos atrás la empresa codificadora, con sus ideales de unidad y claridad, lo son ahora respecto de la tarea de control y conocimiento del Derecho; en cuanto al segundo, este ilustre profesor piensa que el análisis estructural habrá de preocuparse de la especificidad de lo jurídico, haciendo ver así el cambio radical del panorama filosófico en torno al Derecho.

JOSÉ BONET CORREA

JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA: Legislación Notarial. Madrid, 1971. CXXIII + 659 págs.

Se publica algo más y mejor que una vulgar edición de disposiciones sobre el Notariado. Se trata de una edición de lo legislado, hecha con el exigente criterio de Jerónimo López López y Carlos Melón Infante. El lector del ANUARIO recordará el cuidado que estos investigadores dedicaron a la versión crítica del Código civil (1). Sobre su manera de proceder para la edición de la Legislación

(1) *Código civil. Versión crítica del texto y Estudio preliminar*, por Jerónimo López López y Carlos Melón Infante. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967. *Código civil*. Edición al cuidado de Jerónimo López López y Carlos Melón Infante. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1969; *Adición a las Leyes modificativas del texto del Código civil*, 1970.

Notarial se nos da noticia en «Advertencias acerca de esta edición» (pág. CXVII-CXXIII).

El libro se abre con un Prólogo (págs. VII-XXXV) redactado por Vicente Lledó Martínez-Unda. Es de notable interés; hace referencia a los antecedentes de la reglamentación del Notariado, a la intervención de Joaquín José Cervino, decisiva en la redacción de la Ley de 1862, y destaca el significado social del Notario, conforme a dicha Ley. Termina refiriéndose a las vicisitudes del Reglamento Notarial.

La obra contiene «notas sobre la reforma del Reglamento Notarial establecida por el Decreto de 22 de julio de 1967», debidos a Manuel González Enríquez (páginas XXXIX-CXVI), quien había colaborado en la preparación del libro hasta el momento de su muerte. Son un comentario agudo y detenido de los artículos del Reglamento de 1967, que introduce cambios importantes en el texto del Reglamento de 1935; comentario debido a quien, con toda razón, Jerónimo López y Carlos Melón califican de ser «uno de los demás esclarecidos y finos juristas de este tiempo».

Se insertan como Legislación Notarial, además de la Ley de 1862 y leyes que la han modificado, el Reglamento Notarial de 1944 y su reforma en 1967, Decretos y Ordenes complementarias. La finalidad práctica de la obra, se nos advierte, «influye también decisivamente en el contenido de la obra, no sólo porque en ella se recogen disposiciones que no constituyen legislación notarial en sentido estricto, sino también con un alcance jurídico más relevante, pues se insertan alguna vez textos que no son, en rigor, disposiciones legales». Se conserva en su caso, además, junto al texto vigente el texto derogado, porque como también se nos indica, puede servir para la interpretación y hasta para la subsanación de errores y erratas.

R.

**REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION: Anales.
Año 1973. Número 1. Madrid. 126 págs.**

Las Academias, en estos tiempos, vienen dando al común de las gentes una cierta impresión de algo pasado, desconectado del vivir contemporáneo; sus formas solemnes, los uniformes de los académicos, el cierre aristocrático de sus reuniones, su falta de contacto con los medios de publicidad, contribuyen a esta peyorativa imagen. Es, por ello, nos parece, especialmente oportuna la publicación de los ANALES. Ellos nos revelan una parte del quehacer recoleto e íntimo de la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Simplemente, con solo la publicación de cinco de las ponencias desarrolladas ante el Pleno de Académicos de número durante el año 1971. Son, como advertirá enseguida el lector, la exposición del pensar de distinguidos maestros del Derecho sobre cuestiones fundamentales o candentes, en las que se ha sabido conjugar la brevedad con la hondura y la exactitud; sobre la esencia del Derecho y sobre el vivir jurídico.

El presidente de la Academia, Luis Jordana de Pozas, da a conocer el propósito de la Academia, al emprender la publicación de los ANALES, recuerda los

orígenes de la Academia, se refiere a «las publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación» (título de su estudio) y señala la finalidad de los ANALES, «difundir el conocimiento general, y dar permanencia en el tiempo a los trabajos realizados en su seno y a las colaboraciones de sus miembros de todas las categorías».

Luis Sánchez Agesta expone los «Direcciones de la ciencia política contemporánea», medido balance de las tendencias modernas de la ciencia política.

La cuestión, ¿existe, es posible una ciencia del Derecho?, la estudia Antonio Hernández Gil («La situación científica y cultural del Derecho»).

Con el título atractivo «La percepción sensorial y las fuentes del Derecho», examina Juan Vallet de Goytisolo la desafortunada situación del Derecho en el mundo moderno, simbolizada en los efectos de la galaxia Gutenberg y de la galaxia audiovisual.

Raimundo Fernández Cuesta estudia y expone con cuidado el contenido de «La nueva Ley Sindical».

Por último, Amadeo Fuenmayor Champín, bajo el título «El juicio moral de la Iglesia sobre cuestiones de orden temporal» trata de la «vexata quaestio» de las relaciones entre la Iglesia y el Estado y de la sustitución y superación del concepto de «la potestad indirecta» de la Iglesia por el del juicio moral del Magisterio de la Iglesia.

R.

DIEZ PICAZO, Luis: "Experiencias jurídicas y teoría del Derecho", Editorial Ariel, Barcelona, 1973, 327 págs.

Conozco al autor y me consta que desde hace años anda preocupado por el derecho y la ciencia jurídica, por los problemas esenciales y fundamentadores de las normas y la realidad. Por ello, he leído este libro con interés, ya que sabía que no era una síntesis divulgadora —no podía serlo—. Los grandes temas del derecho aparecen ordenados y revividos con enorme deseo de alcanzar consciencia clara de qué sea el derecho y qué posibilidades tiene el jurista en su hacer variado y múltiple. El autor, en su doble condición de teórico y práctico, ha conocido el derecho y sus doctrinas desde muy diversas perspectivas y nos presenta —sencilla y diáfana— una colección de meditaciones, lecturas apasionadas y desvelos. No, no es una mera divulgación de conocimientos adquiridos, ni un repertorio de datos y conceptos.

¿Qué ha pretendido comunicarnos en sus trescientas y pico páginas? En primer término —según creo— que ningún jurista puede desconocer los planteamientos genéricos del derecho; podrá reducirse a los estrechos límites de unas doctrinas aprendidas o a las concretas situaciones y exigencias que la práctica le plantea a diario, mas si quiere ser jurista digno de tal nombre habrá de alzar la mirada. No es lícito ser sólo civilista o penalista, que son especializaciones imprescindibles, pero necesitadas siempre de más ambiciosos entornos. No hace mucho leía a Ludovico Antonio Muratori, que ironiza acremente sobre la antigua definición romana de la jurisprudencia: *...divinarum atque humanorum rerum noticia*. ¡Una especie de descomunal enciclopedia!, rechazaba el gran ilustrado

del XVIII italiano. Y aunque tenía razón, tampoco conviene pecar del exceso contrario, reduciendo al mínimo la apertura. Por ello, para todo jurista ha de poseer interés un planteamiento general como el presente, una teoría del derecho, una generalización de sus problemas comunes... Una meditación desde las bases, desde las realidades del derecho y de la doctrina, que huye de la elucubración esencial y atiende a los problemas y casos más concretos —Digesto o sentencias del tribunal supremo, artículos del código civil o de otras leyes y disposiciones—. En suma, una teoría general del derecho en línea con Bobbio y con las mejores formulaciones de la parte general del derecho civil; pero es esta una primera caracterización, que revela poco, atendamos a sus concretas y propias intenciones.

Hay algo nuevo en los planteamientos de Díez Picazo, al menos creo yo verlo. Hay un cansancio ante la dogmática tradicional, un esfuerzo por buscar nuevos caminos para entender mejor la idea del derecho y orientarse en futuras búsquedas y elaboraciones. Su pensamiento y las ideas expuestas no pretenden cristalizar en unos conceptos generales para la comprensión del derecho. Más bien se afana hacia metas entrevistas que podrían renovar un tanto las construcciones seculares del derecho y sus doctrinas. ¿Me equivoco? No es la perfección formal de las conclusiones, ni el hallazgo de unos esquemas pedagógicos su preocupación primera. Los distintos temas tratados se eslabonan hacia una duda esencial sobre si la doctrina está al nivel de los tiempos, si entiende bien o se halla en vía muerta. Los conceptos se escalonan para hallar nuevas salidas. Así, se inclina a ver conflictos de intereses en lugar de contentarse con los conjuntos de normas que sacralizó el positivismo. O considera las relaciones de la realidad social y económica con el derecho; y afirma que «el estudio del derecho como fenómeno social o sociológico parece que se impone hoy sin discusión alguna» y trae algunas propuestas de Elías Díaz para una sociología del derecho. Cambio social y evolución jurídica, su último capítulo, insiste en esa conexión que trascendería enfoques puramente positivistas o de dogmática tradicional.

Pero conviene que describa los pasos de su intento. Hay en él planteamientos que provienen del derecho civil, pero también buenas referencias al derecho público; consideraciones de la filosofía —Kelsen o la axiología—, junto a experiencias que sólo se adquieren en el ejercicio del foro...

En derecho lo primordial son los intereses en conflicto más que las normas. La paz debe asegurarse en los conflictos entre personas por la negociación y la heterocomposición, incluso a veces, en estadios primeros, a través de la violencia privada; tal vez podía ampliarse este esquema de los teóricos del procesal con referencia a la violencia pública, desde el poder, como puede detectarse en las matanzas de Burundí o Mozambique —tan cercanas—, o incluso en los intentos de evitarla a través de mecanismos jurídicos complementarios como el recurso por desviación de poder... A continuación toda la teoría de la norma jurídica, sin perder de vista los conflictos subyacentes. Reglas heredadas y reglas implantadas. Deber ser, juicios de valor, supuestos de hecho, consecuencia o respuesta jurídica... Kelsen redivivo y analizado. Pero el autor sugiere que es preciso ir más allá, hacia los fondos profundos del derecho. Las normas no consiguen automáticamente las finalidades expresadas, pues la realidad social se mueve indócil, más compleja. No ofrecen las leyes cauces de absoluta seguridad, son criterios generales de decisión de con-

flictos con influjo sólo en cuanto los particulares se pliegan a ellas. Los textos legales y la escritura —después fue la imprenta— como elemento de importante ayuda para el derecho, el lenguaje jurídico... Las fuentes jurídicas, no se exponen como realidades formales, sino, con más acierto, como poderes o grupos. Los convenios colectivos, las condiciones generales de contratación, los negocios jurídicos, la jurisprudencia o la doctrina revelan así su realidad más exacta; la costumbre tiene sus propios problemas. Pero, sobre todo, la ley que procede a veces del capricho, otras de un concreto caso, las más del juego de fuerzas e intereses en sus transacciones o imposiciones. Códigos y ordenamiento jurídico, jerarquía de las normas... la interpretación y aplicación del derecho...

Sin embargo, nueva savia penetra en esta construcción, según he escrito. En cualquier punto se aprecia la finura de su análisis. Por ejemplo, sobre el ordenamiento jurídico no se sigue la caracterización —un tanto estrecha— de Santi Romano, sino se inquiere sobre su racionalidad o no racionalidad. La interpretación se enriquece con consideraciones y datos sobre la lógica y el razonamiento jurídicos. Permanencia y cambio en el derecho, cierra el libro con marcada flexibilidad hacia el progreso y mejora del derecho, si bien —dentro de la línea sostenida— considera que el reajuste del derecho se produce por razones extrínsecas, cambios políticos, ideológicos, sociales, económicos; y también jurídicos, porque un cambio en determinada ley, puede provocar reajustes en otras zonas del ordenamiento. Las leyes, en todo caso, pueden favorecer el cambio que revela más hondas raíces...

Son tantos temas y tan centrales que resulta imposible recorrerlos con detalle. Sobre cada uno de ellos podía entretenerme, quizá expresar alguna discrepancia, añadir algún matiz. Pero optaré por otra vía: ponderar las posibilidades de este enfoque, porque creo que, en principio, cualquier jurista ha de aceptar esta renovada visión de la teoría general del derecho. Sé que los estudiosos del derecho saben bien argumentar, discutir este o aquel concepto, negar aquella distinción o mirar la sociología con gesto hosco. Sé que las opiniones son tantas como juristas y algunas más; incluso cuando en baja edad media y moderna parece que, a través del número y el prestigio de algunos, se alcanzaba la *communis opinio*, otros jurisconsultos, sutiles y avispados, empezaron a intentar imponer una *magis communis opinio* para derrocarla. Pero creo que el libro merece mejor suerte que señalar «mis» discrepancias.

En conjunto, creo, que los juristas dignos de este nombre no pueden estar muy lejos de esta armonización de la tradición con una búsqueda de nuevos senderos para la doctrina jurídica. La dogmática jurídica se halla un tanto fatigada de las construcciones mentales, que recoge las normas variadas y entrecruzadas en cauces brillantes y lógicas. Los teóricos del derecho han podido apreciar —incluso con sangre— los excesos del positivismo. Pero, ¿qué hay que hacer? ¿Adónde va la ciencia jurídica?

A mi modo de ver, un planteamiento teórico sirve para aclarar el estado de la cuestión y las perspectivas que aparecen en el horizonte. Pero más importante es lanzarse a realizar una ciencia jurídica nueva que nos explique cada una de las realidades del derecho. Pongo por ejemplo un libro del mismo autor, sus *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, en donde —como en otros anteriores— apela a una interpretación de fuentes más cercanas a la realidad para penetrar el

derecho, para lograr una doctrina más viva, más rica. El jurista habrá de descubrir nuevas técnicas, nuevos métodos, si quiere salir del positivismo. No basta decir cómo están las cosas, sino buscar los medios de estudiarlas y aprehenderlas con todo rigor. No basta sentir el cansancio ante formas de investigación anteriores, sino sustituirlas por otras nuevas.

Parece que existe una posible apertura hacia la sociología jurídica, pero está apenas iniciada. Una meditación general —como la que nos ocupa— puede romper las aprensiones de los juristas ante esa realidad social y económica. Ya es bastante, pero todavía queda el largo y arduo camino de ir construyendo esas parcelas que parecían escaparse definitivamente de la atención de los investigadores del derecho. Quedan las propias dificultades de la sociología que el jurista tendrá que saborear amargamente, aun cuando trabaje en colaboración con sociólogos; porque parece que en esta recuperación de zonas olvidadas, tendrá que empezar por la realización de intentos interdisciplinarios. Incluso es posible que el jurista se vea también obligado a tratar con economistas, psicólogos, estadísticos, médicos o ingenieros... ¿Por qué no? ¿Acaso la realidad amplia del derecho no comprende todos los campos y zonas de la vida humana de relación? Hay que descubrir nuevas conexiones y nuevas técnicas de investigación con todos los riesgos que ello implica.

Todavía el sacrificio del positivismo exige un paso más. Es menester que los investigadores del derecho olviden la distinción entre el ser y el deber ser que les aparta hacia el mundo misterioso y limitado de las normas. Es preciso que se den cuenta que ser y deber ser son dos actitudes distintas ante una misma y única realidad. Su separación no es —ni más ni menos— que un residuo del positivismo; la norma jurídica pretende unas conductas determinadas, expresa unos juicios de valor, que tal vez sean del legislador —o transacción de grupos— o de la comunidad. Pero, ¿acaso esos juicios de valor no son una realidad social, unas ideas más o menos derivadas de intereses o de convicciones? ¿No se podrían determinar y recoger a través de una encuesta o de esta o aquella prensa? El investigador del derecho tiende a creer que un imperativo misterioso se encarna en la norma, cuando —para lograr el necesario apartamiento del objeto— debía ver en ella un juego de fuerzas políticas, sociales y económicas, unas tradiciones y tópicos que apenas le hace falta saber de donde vienen. La norma pretende una legitimación en el consensus, que no es sino las ideas de un conjunto de personas que la aceptan... Las leyes, en su origen y en su aplicación, pueden estudiarse dentro de una realidad social, política y económica. Cuando se estudia históricamente una institución o un período, las cosas parecen más claras; no puedo imaginarme Partidas o Fueros de Valencia como un deber más. Más bien se percibe al monarca y los letrados en su corte, que pretenden imponer unas conductas; quizá no agradan a la nobleza porque aumenta el poder real frente a ellos. Utilizan materiales romanos, por el prestigio que este derecho posee en baja edad media y, también, sin duda, porque conviene a unas clases, a unos estamentos que surgen con potencia: los mercaderes y los ciudadanos que buscan terminar con el feudalismo y el poder de los señores, aunque tardaran siglos en lograrlo. Pero también en la historiografía se debaten problemas generales y teorías: si sólo interesa la ley o también la realidad por detrás de ellas, si la economía es materia de otros especialistas, si la aplicación del derecho o la

doctrina de los autores son subordinadas... Incluso valoraciones y juicios se entremezclan, aunque sin llegar a plantearse cuestiones de la legitimidad o no de las Partidas, que se ven como intento de Alfonso X de afianzar su poder y resolver mejor los conflictos de sus súbditos, aprovechando el derecho romano.

El derecho es una realidad muy amplia. Posee muy distintos niveles, legisladores, jueces, abogados, notarios, teóricos... Los juristas hubo tiempo que desde los diversos estratos lo dominaron por entero, incluso eran los únicos especialistas de materias sociales, pensemos en los postglosadores o el iusnaturalismo racionalista. Pero abandonaron sus amplísimas ambiciones para refugiarse, ante la aparición de nuevas disciplinas —economía, sociología— en los estrechos márgenes del positivismo. De inspiradores del orden jurídico, aparte las fuerzas que estaban tras ellos, se han convertido los juristas teóricos en obedientes comentadores del texto promulgado. El libro de Díez Picazo brinda nuevas esperanzas de que los estudiosos de derecho encuentren nuevas posibilidades y no se limiten a la mera transmisión de las órdenes, con críticas menores a su técnica o su coherencia dentro del sistema. Las normas se han de conocer, entender y aplicar, sin duda, pero el jurista —el teórico del derecho— aspira a algo diferente: a comprender y explicar el porqué surgen y cuáles son y a quién sirven los mecanismos de su aplicación. Duguít, uno de los primeros sociólogos del derecho, escribió: «Je le dit nettement et avec la plus entière conviction: si le rôle du professeur de droit devait se borner à commenter les lois positives, il ne vaudrait pas une minute d'effort et de travail».

MARIANO PESET REIG

VALLET DE GOYTISOLO, Juan: "En torno al Derecho natural", Organización Sala Editorial, Madrid, 1973, 199 págs.

Este volumen reúne cinco estudios, formalmente independientes y objeto, en su día, de publicación separada, escritos por uno de nuestros más prestigiosos civilistas, pero todos conectados, esta vez, no tanto con el derecho civil como con el derecho natural. Precisemos en seguida, sin embargo, que en el pensamiento del A., no se trata en absoluto de campos de estudio alejados, ni siquiera distintos, sino, en puridad, de uno y el mismo. Justamente el objetivo principal del libro que comentamos es afirmar —y demostrar— este hecho, a primera vista paradójico. Y es precisamente esta finalidad común la que da una razón de unidad a los estudios de que se compone la obra, la que hace de ellos un conjunto armónico.

El primer artículo, *El orden natural y el derecho*, viene a ser como un planteamiento general de la cuestión. Partiendo de la constatación de que el derecho sólo ocupa una parcela de la vida social del hombre, situada entre las esferas del Amor y de la Fuerza, y que, además, necesita de ambas para subsistir, el A. centra esta parcela en «lo justo». El derecho, para el A., es *lo justo*, ni más, ni menos. Y se ocupa seguidamente en contestar a la cuestión que legítimamente surge a continuación: y ¿qué es la justicia?

Comienza para ello por cerrarnos posibilidades de respuesta ya experimentadas y llevadas hasta su poco atractivo abocamiento lógico. Procede de lo simple a lo complejo: le es fácil descalificar el concepto, puramente formal, de la justicia

como aplicación regular de las normas, cualquiera que sea el contenido de éstas; niega, a continuación, que se pueda encontrar «ya hecho» en la Revelación el criterio objetivo de la justicia que, como consecuencia de lo anterior, se necesita; tampoco ve posibilidad de que nos lo suministre una ideología, deduciéndolo de unos principios más o menos abstractos y apriorísticos; se detiene, por fin, en la *fundamental antinomía* en que se encalló la filosofía de los valores: no se puede, por más vueltas que se le dé, elaborar la teoría de algo objetivo, partiendo exclusivamente del sentimiento, individual e incommunicable, que podamos tener de ello. La única pauta, por tanto, practicable para una recta comprensión de la justicia es, nos dice el A., contemplar y seguir el *orden natural*. No hay que minimizarlo: incluye tanto la naturaleza «inferior», como al hombre y a todas las manifestaciones humanas; es un orden esencialmente dinámico, y así hay que verlo, valorando las acciones humanas en todas sus consecuencias, a corto y a largo plazo. Y el criterio de valoración son fundamentalmente los *finés* que el Creador ha asignado a todas las cosas creadas.

Como se ve, lo que el A. propone lo es todo, menos una fórmula abstracta de la cual se puedan deducir mecánicamente soluciones justas. Ni conocemos siempre las consecuencias que pueden traer nuestros propios actos, ni conocemos, mucho menos aún, el plan divino que preside la creación. Podemos, todo lo más, representárnoslo, intuirlo, adivinarlo en casos concretos, descubrirlo y volverlo a olvidar. Y esto exige *siempre* una profunda labor de análisis, de razonamiento, de examen de todas las posibilidades alternativas, de previsión de todas las consecuencias; exige una inteligencia clara y una alta conciencia profesional. Esta labor, a repetir *caso por caso*, sentencia por sentencia, artículo por artículo, hace que la labor del jurista sea una labor *difícil*.

No es, en absoluto, propósito del A. escamotear o dulcificar esta conclusión. Es más, hace extensiva la tarea, con toda su dificultad, no sólo al jurista profesional, sino también al cuerpo de la sociedad que ha de vivir (y por tanto, captar) ese derecho natural. Ahí está, para demostrarlo, la conclusión a que llega en su segundo estudio, *Controversias en torno al derecho natural*: «Comprendéis ahora por qué no es fácil ofrecer al mundo actual panacea alguna de soluciones jurídicas y políticas elaboradas en la cumbre, sino que es preciso restaurar el tejido social y con él la capacidad de todo el cuerpo social para captar y realizar, en su correspondiente esfera, un Derecho conformado al orden de las cosas... El Derecho natural ha de captarse y aplicarse a *medida que se vive*, a cada nivel, por los órganos sociales adecuados, a través de sus élites naturales. No hay otro camino. Sin perjuicio de que la experiencia vivida se conserve y transmita en costumbres y en repertorios de jurisprudencia o se racionalice en leyes, válidas —una u otras— en tanto su respectiva razón permanezca».

Al mismo tema vuelve el A. en el trabajo siguiente, *¿Puede discernirse el orden natural y con qué alcance?; ¿qué incidencia en él tiene la acción del hombre?* Tras contestar afirmativamente a la primera pregunta (sólo en cuanto a la posibilidad en principio, cosa que no implica necesariamente conocimiento del orden natural en acto), en contraste con las más recientes posturas opuestas, el A. plantea la disyuntiva entre una concepción del orden natural como *fatum* necesario y la concepción contraria de la «soberanía de la razón», con su consiguiente exaltación de la ilimitada libertad humana. Tras destacar lo que hay de cierto en

cada una de ellas, y hasta qué punto llevan a consecuencias prácticas análogas, el A. resuelve la contradicción en una perspectiva de deber-ser: sólo sometiéndose al orden natural puede llegar la acción humana (libre, por supuesto) a resultados que no redunden en perjuicio, en *destrucción*, de la propia humanidad.

El cuarto artículo, *De la virtud de la justicia a lo justo jurídico*, es con mucho el más extenso y elaborado. Partiendo de la constatación de que «la justicia ha vuelto a ocupar la médula del concepto del derecho para lo más florido de nuestra filosofía jurídica» —a cuyo florilegio todo lector ha de añadir el nombre del propio A.—, nos ofrece el A., otra vez, un análisis de qué sea la justicia, en apretada polémica con multitud de posturas abiertamente negadoras, o deformadoras de su concepto, sea por exceso de inmanencia (caso de las excesivas confianzas liberales, marxistas, teilhardianas, etc., en el libre juego de los egoísmos o del «progreso»), sea por exceso de trascendencia (como la filosofía de los valores, que coloca a éstos en una especie de mundo abstracto, totalmente separado del prosaico y cotidiano de nuestra actividad normal). Las conclusiones que se extraen de toda esta discusión son que la justicia es una *virtud*; que esta virtud consiste en el hábito de seguir las normas que inducimos (todo lo incierta y penosamente que se quiera) de la contemplación del orden natural (justicia «general» o «legal»); y que la justicia no es, en ningún caso, una *idea*.

Pero llegado a esta conclusión, el A. se pregunta: «¿Debe el Derecho imponer coactivamente todo cuanto exige individualmente la *virtud de la justicia* en el campo de la moral? ¿Puede siquiera pretenderlo? Y de no ser totalmente posible, ¿cuáles son los límites que lo posible o lo conveniente imponen?» A estos interrogantes está dedicada la segunda parte del trabajo. El problema está planteado con gran agudeza, con directa referencia a instituciones de derecho positivo de todos conocidas, pero frecuentemente discutidas: la rescisión por lesión, la función social de la propiedad, la legítima, y varias instituciones —o significativas *faltas* de instituciones— más. Se exponen varias posibilidades de respuesta, en un amplio examen de la filosofía jurídica clásica y actual: la completa separación entre derecho y moral (desde Thomasio a Kelsen), la absorción de la moral por el derecho, sea como hecho (Hegel), sea como meta a la que se debe tender (de Savigny, Coing, Battaglia, etc, hasta, sobre todo, el catolicismo «social»), y por fin, la tesis mitigada de Sto. Tomás, Suárez, y de numerosos autores actuales, según la cual el orden jurídico, si bien subordinado al moral, es inconfundible con él, dado que el imperativo del *bien común* limita las posibilidades de realización coactiva de principios morales a los casos en que no se siga de ello, en la práctica, un *mal mayor*.

A esta misma postura se adhiere el A. Su conclusión es extremadamente rica, matizada y razonada. La misión del derecho es, efectivamente, fomentar de modo coercible actos de virtud, y reprimir, del mismo modo, vicios. El supuesto contrario ni ha de examinarse: *no es derecho*. Pero aceptado este planteamiento, la pauta para determinar qué actos concretos virtuosos o viciosos han de ser impuestos o impedidos, es el bien común, de orden, por supuesto, temporal. Y éste exige «que no siempre lo moralmente justo deba ser totalmente impuesto como jurídicamente justo». En efecto: en primer lugar, puede ser necesario tolerar ciertos males para evitar males mayores o no impedir un mayor bien. Las normas producen efectos reflejos, que hay que tener en cuenta tanto como los directos: la protección al

arrendatario ha provocado que ya no se alquilen pisos, una exagerada presión fiscal hace huir al capital productivo, etc. En segundo lugar, puede ser difícil, o incluso imposible, lograr sobre una relación jurídica un juicio mejor o más seguro que el de los titulares de la misma: de ahí la frecuente necesidad de respetar los *usos* sociales, dondequiera se presenten con cierta constancia y cierta igualdad de hecho entre las partes, en lugar de intervenir desde el exterior con normas expuestas, en el mejor de los casos, al incumplimiento. Y por fin, una razón de economía jurídica aconseja no intervenir en cuestiones de escasa importancia.

Por supuesto, este parcial abstencionismo por parte de los poderes públicos sólo puede ser predicado teniendo en cuenta —como hace el A.— que la vida social necesita de algo más que de la estricta justicia: concretamente, del uso, por parte de los miembros de dicha sociedad, de las restantes virtudes individuales, muy especialmente de la *caridad*. Pero por otra parte, estas virtudes sólo pueden ser ejercitadas allí donde el poder deje a los ciudadanos un mínimo de libertad, para lo bueno y para lo malo. Y creo que el pensamiento del A. debe ser interpretado como un llamamiento a nuestros legisladores (o a nuestros ideólogos políticos, en el poder o en la oposición) a que nos dejen, en todos los órdenes posibles, la oportunidad de autorregular nosotros mismos nuestra propia conducta. Y sólo si la empleamos para mal, si el resultado es el evidente y generalizado abuso, que tengamos, con la pérdida de nuestras libertades, el régimen jurídico que merezcamos.

En el último de sus estudios, *La percepción sensorial y las fuentes del derecho*, el A. aborda el problema, tremendamente sugestivo, de la influencia, en la actividad jurídica, del modo de percibir el mundo que le rodea por el sujeto de la misma. El punto de partida es el siguiente: la elaboración del derecho en la práctica (tanto legislativo, como jurisprudencial, como consuetudinario) es obra de la inteligencia, de la razón; los papeles de la voluntad, o del sentimiento ético, son ciertamente indispensables, pero subordinados. Pues bien, en tal caso, tiene una decisiva influencia sobre el derecho el modo de funcionar de la inteligencia de los que lo elaboran, y en particular, su modo de captar los datos de hecho sobre los que ejercitarán su reflexión. Y desde este punto de vista, bajo la influencia del libro de Marshall Mc Luhan, *La galaxia Gutenberg*, el A. hace la comparación entre los derechos agrarios forales, hechos para campesinos por campesinos, que captan con sus cinco sentidos la tierra que les rodea, y los derechos codificados, hechos en la ciudad por hombres de ciudad, cuya información acerca de la materia a regular viene contenida en *libros*, y les llega, por tanto, bajo una forma lineal, lógico-formal, y a menudo *fraccionada o segmentada*.

La cuestión es sumamente interesante. Tal vez no puedan suscribirse en su totalidad las conclusiones de Mc Luhan, pero desde luego, no cabe la menor duda de que una legislación agraria elaborada por unas personas que sepan lo que es un «mojón» sólo por los libros, y que sólo hayan estado en el campo para cazar y tirar latas, diferirá sustancialmente de las costumbres de los propios labradores, y hay pocas probabilidades de que resulte más satisfactoria. El tema ha sido muy poco tratado en nuestra literatura jurídica (tal vez por aquello de tirar la primera piedra), pero merece, sin embargo, ser abordado en profundidad. Quien quiera hacerlo, tiene, en el trabajo que comentamos, un inmejorable punto de partida.

El libro, en su conjunto, resulta de capital interés. Escrito en un estilo denso y profundo, con una información abundantísima, constituye una seria y coherente *mise au point* de las últimas, y de las clásicas, adquisiciones de la filosofía del derecho, dirigida a los juristas en general, pero particularmente a los juristas prácticos, a quienes ofrece el tomar conciencia más a fondo de lo que es su propia actividad, y en consecuencia, vivirla más plenamente.

En cuanto al cuidado técnico de la edición, bajo una presentación exteriormente atractiva se oculta una labor editorial bastante mediocre, por no decir más. Por de pronto, en un libro como éste, literalmente «empedrado» de notas, que además, no están ahí para remisión u ostentación, sino que contienen, en muchos casos, una apretada discusión de fondo de las ideas del autor citado, hubiera sido de gran utilidad, al menos, un índice onomástico. Pero falta.

El autor ha provisto a todos sus trabajos de un sumario, que corresponde a su división interna. Pues bien, en unos casos, éste ha sido reflejado en el cuerpo del artículo, y en el índice sistemático final; en otros, ha sido reproducido solamente en la primera página del artículo. ¿Por qué?

Hay más: el libro está absolutamente plagado de erratas. Hay demasiados: «Ruef» por Rueff (p. 40), «Wiehweg» por Viehweg (p. 46), «Guimbernats» por Gimbernats (p. 54), «*Methodoenlekere*» de «Lorenz» por *Methodenlehre* de Lorenz (p. 71), art. 2.191 del C. C. por 1.291 (p. 168), 1879 por 1969 (p. 174), referencias bibliográficas sin título de la obra (p. 159), notas que faltan, estando la llamada (p. 169), etc., etc., página tras página. En una palabra, están ahí todos los fallos formales que desde el siglo pasado estuvieron estúpida e inútilmente desprestigiando al libro español en los mercados mundiales, y que esperábamos en vía de definitiva superación. El volvérselos a encontrar es tanto más lamentable cuanto mayor es la calidad de la obra en sí misma, como en el caso que nos ocupa.

Sentimos, pues, no poder hacer extensiva a la Organización Sala Editorial la sincera enhorabuena que desde estas líneas queremos dirigir al autor por habernos sabido hacer entender, hoy en día, el concepto, el papel y la misión *actuales* de algo, al parecer, tan «antiguo» como es el derecho natural, y el peligro que corremos todos los juristas si lo ignoramos con una sonrisita de desprecio; o lo que es peor, el peligro que hacemos correr a los demás.

V. LAMSDORFF

4. Obligaciones y contratos

BONET CORREA, José: *La devaluación de la peseta ante el pago de deudas pecuniarias con cláusula "valor moneda extranjera"*, RDN, núm. LXXIX, enero-marzo 1973, pág. 7.

Comienza señalando el autor que uno de los más graves males de nuestra época es el de las alteraciones monetarias. Pasa después al examen de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1971 y la siguiente de 30 de enero del mismo año, pasando después a estudiar el adeudo de cantidad de dinero y el convenio de pago por medio de letras de cambio y examina las deudas pecuniarias ante la devaluación de la moneda de curso legal y el empleo de la cláusula de estabilización y continúa con el examen de la cláusula de estabilización "valor moneda extranjera" y su problemática actual, dedica especial atención al artículo 219 del reglamento hipotecario, para, a renglón seguido, examinar los efectos de la mora del deudor en las deudas pecuniarias devaluadas, para concluir que en definitiva las alteraciones monetarias sólo repercuten en el pago de las deudas pecuniarias específicas cuando han sido previstas por las partes, si bien en caso de mora del deudor el juez considere dichas alteraciones otorgando un cambio de cotización más favorable.

CASASUS HOMET, Emilio: *Dos consideraciones notariales en torno a las donaciones*, RDN, núm. LXXII, abril-junio 1971, págs. 469 y siguientes.

El autor, especialista en el tema del consentimiento uxorio, viene a darnos una vez más muestra de su profundidad en la materia. Así, en torno a la donación plantea en la primera parte de su estudio la necesidad o no de la licencia marital en la aceptación de las donaciones simples por parte de la mujer casada.

Partiendo del estudio y análisis del artículo 61 del Código civil, critica la postura de Cámara en el Tomo VI de los "estudios en homenaje a Castán" de señalar que el citado precepto es una norma programática y que los artículos 625 y 626 son los que matizan en último grado la cuestión.

A juicio del autor, la adquisición de la mujer sin licencia es inoperante; también critica el autor antes citado al señalar que el artículo 61 sólo es aplicable al matrimonio contraído en régimen legal de gananciales. Así pues, sienta las siguientes conclusiones: 1.^a, Los artículos 625 y 626 no pueden

* En la confección de esta sección ha intervenido José-Ramón Antón Riesco.

enervar la licencia exigida por el artículo 61. 2.^a, Que la mujer casada necesita, pues, licencia para aceptar donaciones. 3.^a, Que la falta de licencia no es la nulidad, ni la anulabilidad, sino la posibilidad de ser susceptible de confirmación.

En la segunda parte de su estudio se refiere a la donación con reserva de la facultad de disponer, inclinándose por la nulidad de dicha facultad con cargo a todos los bienes donados y a la validez cuando se refiera a una parte de los mismos, inclinándose, pues, en el mismo sentido de Irurzun y Rodríguez Adrados.

5. Derecho de familia

CANO REVERTE, José María: *La nueva adopción*, RDN, núm. LXXII, abril-junio 1971, págs. 7 y siguientes.

Recogiendo la reforma llevada a cabo por la Ley de 4 de julio de 1970, se examinan los principales problemas que plantea la nueva regulación de la adopción, abarcando desde los que origina la conversión de la adopción simple en plena, pasando por los requisitos, los efectos también comunes y concluir estudiando los problemas de derecho sucesorio.

Comienza pues su estudio con la denominación, continúa con la conversión de la adopción simple en plena, estudiando el artículo 172 reformado del C. civil. A renglón seguido pasa a estudiar exhaustivamente los requisitos comunes a ambas clases de adopción, según la nueva ley. Examina las personas que pueden adoptar y ser adoptadas, aquellas a quienes está prohibido y al mismo tiempo estudiar las formas y requisitos necesarios para la adopción. Examina después los efectos de la adopción en ambas clases, y tales como el parentesco que origina, patria potestad, tutela, nacionalidad, Ley de Arrendamientos Urbanos en lo tocante a cesión y subrogación y finalmente alude a los derechos sucesorios, para concluir con la extinción de la adopción. Plantea el autor el problema de los derechos sucesorios más ampliamente y al final inserta una nota bibliográfica.

MANTECA ALONSO-CORTÉS, Julián: *La adopción. Comentarios a la Ley de 1970*, RDN, núm. LXXII, abril-junio 1971, pág. 101.

Estamos en presencia, a nuestro juicio, de uno de los mejores trabajos publicados en torno a la Ley de 4 de julio de 1970, sobre la adopción. No sólo el contenido cualitativo del trabajo, sino también la extensión cuantitativa del mismo hacen de él un trabajo digno de ser tenido en cuenta en lo sucesivo.

Desde la naturaleza de la adopción como relación jurídica, pasando como institución de derecho natural hasta la naturaleza del acto constitutivo de la adopción, así como el desarrollo histórico de la misma. Se detiene especialmente en la naturaleza como negocio jurídico del derecho de familia, en el que ve las notas de familiar, bilateral, causal, complejo, solemne e irrevo-

clabe. Continúa con los argumentos que revelan la necesidad de la reforma y en esta primera parte del trabajo hace referencia a la finalidad de la adopción misma.

En las clases estudia las dos modalidades, así como la posibilidad de conversión de la adopción simple en plena.

Más adelante se refiere a la doctrina general común a ambas clases de adopción, en lo relativo a constitución, requisitos personales, con los posibles problemas que en ellos se pueden plantear, sobre todo en el orden relativo a las personas que pueden ser adoptadas. Estudia la causa en la figura de la adopción; concluye el estudio relativo a estos requisitos con el procedimiento y forma necesarios para la adopción. Sin embargo, no podemos pasar sin señalar su distinción entre las fases que el autor llama judicial, notarial y registral, con lo cual queda consumado el *iter* negocial en toda su extensión.

La eficacia de la adopción con relación a parentesco, patria potestad, tutela del adoptado, alimentos, apellidos, pactos sucesorios, nacionalidad, licencia para contraer matrimonio, etc., es el capítulo siguiente, para pasar a continuación al examen de la ineficacia de la adopción. En él plantea el problema de la posibilidad de la rescisión de la adopción.

El examen de la adopción plena es el siguiente capítulo objeto de estudio en lo relativo a personas, efectos y en especial al estudio exhaustivo de los derechos sucesorios, hasta incluso llegar a los problemas de reversión y reserva del 811. Concluye con los derechos especiales en caso de adopción simple en lo relativo a la eficacia de la misma.

En suma, pues, una magnífica monografía, que así se puede llamar, con una extensión de 315 páginas, a cada cual más interesante.

6. Derecho de sucesiones

CASASUS HOMET, Emilio: *El usufructo universal viudal en concurrencia con hijos minore de edad*, RDN, núm. LXXVI, abril-junio 1972, págs. 419.

La figura del usufructo universal va penetrando cada vez con más fuerza en el área del Derecho civil común. Para el autor, la cláusula del usufructo universal es total y perfectamente viable y además jurídica, económica y sociológicamente muy aconsejable.

La opción del legitimario exige la capacidad para aceptar y repudiar herencias y la capacidad también para realizar la participación hereditaria. Distingue el autor si los menores que hay interesados son menores no emancipados y no hay nombrado contador partidor, en este caso se inclina por la posibilidad de que corresponde ejercitar la opción al defensor judicial, pero sometido en todo caso a la aprobación judicial de tal opción, mientras en el caso de que los interesados sean emancipados o habilitados de edad, el autor se inclina por la aceptación y opción hecha por tales menores sin necesidad de ningún complemento ulterior.

En el caso de que haya contador-partidor, comparte la opinión de Mar-

tínez Santonja, de que es necesario la intervención del contador-partidor, del cónyuge viudo y los herederos instituidos, y si son menores, con aprobación judicial.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, Alfredo: *Apuntalamiento de la sustitución ejemplar*, RDN, núm. LXXVII-LXXVIII, julio-diciembre 1972, págs. 31 y ss.

Partiendo en las ideas previas de los dos posturas predominantes en la doctrina: testamento otorgado por el ascendiente en nombre de su descendiente incapaz por enajenación mental para el caso de que fallezca sin otorgar testamento y designación de un sustituto, hecha por un ascendiente a su heredero incapaz por enajenación mental, para el caso de que fallezca sin otorgar testamento, llega el autor a sustentar su tesis de que la sustitución ejemplar es sustitución y no testamento por otro y se extiende a la herencia del incapaz o sustituido y no solamente a los bienes dejados a éste por el ascendiente. Llega a esta conclusión después de un detenido examen histórico de la institución, de analizar el fundamento y finalidad de la misma, así como la naturaleza jurídica y los requisitos de la institución para complementar su magnífico estudio con las clases, su contenido y efectos y concluir con la extinción y extensión, así como el abuso en la facultad de nombrar sustitutos.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: *Extensión del Derecho de viudedad aragonés*, RDN, núm. LXXIX, enero-marzo 1973, págs. 117 y ss.

Inicia el trabajo el estudio del Derecho de viudedad sobre bienes habidos en nuda propiedad, remontándose en su origen histórico a la *Compilación de Huesca de 1247* y la *Observancia 59*.

Sigue en cierto modo la tesis de Sancho Rebullida en torno al artículo 83, párrafo 2.º, de la *Compilación*. Pasa examen el autor, en el apartado siguiente a la viudedad en el caso de bienes donados entre cónyuges, centrándose someramente y de pasada en el artículo 76, párrafo 2, de la *Compilación* y dejando sancionada la cuestión con el texto claro y legal de exigir la correspondiente renuncia a estos bienes sujetos al derecho expectante de viudedad.

Más adelante estudia el supuesto de viudedad sobre bienes tenidos bajo título inferior al de dominio y sigue el criterio de la no extensión a ellos del Derecho de viudedad. Examina la cuestión de la fricción con las normas de arrendamientos urbanos y arrendamientos rústicos.

Concluye el estudio con los problemas que plantea la viudedad ante el cambio de vecindad.

CLAVE DE ABREVIATURAS

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlín).

- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, ~~Diritto~~ Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Revista del Diritto Commerciali e del Diritto Generali delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDL.P = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMS.P = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).

- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
RJD = Revista Jurídica Dominicana.
RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsproblème (Berlín).
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas, Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svesti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis, Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgar).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO Y ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.—EN BENEFICIO DE LA RECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, ES INSCRIBIBLE UN MANDAMIENTO DE EMBARGO, AUNQUE NO RESULTEN DEL MISMO TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS EXIGIDAS LEGALMENTE, Y EN EL QUE LA DEMANDA SE DIRIGIÓ CONTRA LA PERSONA QUE APARECÍA COMO ÚNICA LEGITIMADA PASIVAMENTE PARA SERLO. (Resolución de 13 de julio de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 3 de agosto de 1971.)

Hechos.—Resultando que mediante escritura otorgada en Tarrasa el 13 de septiembre de 1930, don Matías Roca Soler, causante de las recurrentes, cedió a don Enrique Corbí Vitoria, en censo a nuda percepción, una casa y solar de 333 metros cuadrados de superficie total, señalada por los números 170 y 172 de la carretera de Martorell, en el antiguo término de San Pedro, de Tarrasa; que en la inscripción segunda de la mencionada finca, referente a una constitución de hipoteca sobre la misma, aparece como domicilio de don Enrique Corbí Vitoria la calle de Galvany, núm. 107, de Tarrasa; que en la inscripción 4.^a, de cancelación de la señalada hipoteca, el acreedor confiesa haber recibido de un tercero, por cuenta de los hermanos «don Juan, doña María, don Fernando, doña Iluminada, don Enrique, doña Celeste, doña Montserrat y doña Nuria Corbí Folch, como causahabientes del deudor, su padre», don Enrique Corbí Vitoria, el importe del préstamo cuyo pago aseguraba la finca; que seguido procedimiento ante el Juzgado Municipal de Tarrasa por los actuales titulares del dominio directo del censo indicado, causahabientes de don Matías Roca Soler, contra el titular del dominio útil, «don Enrique Corbí Vitoria, de ignorado paradero, y en su caso contra los ignorados herederos o herencia yacente del mismo», para el pago de pensiones adeudadas del censo establecido, oportunamente se expidió, para que obrase en el mismo, la certificación prevenida en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario; y que, dictada sentencia, en ejecución de la misma el 4 de diciembre de 1969 se libró mandamiento ordenando anotación preventiva de embargo sobre la finca objeto del censo;

Resultando que presentado en el Registro el citado mandamiento, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la anotación que se interesa en el mandamiento que precede por no haberse cumplido lo prevenido en el artículo 166, y en su caso en el 144, ambos del Reglamento Hipotecario, toda vez que como aparece de la inscripción 4.^a de la finca embargada, número 6.374, obrante al folio 181 del tomo 744 del archivo y del título que motivó dicha inscripción, resulta haber fallecido el deudor, don Enrique Corbí Vitoria, y ser conocidos los herederos del mismo. Se considera tal defecto como subsanable, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse»;

Resultando que el nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: «Que la inscripción 4.^a a que se refiere el Registrador en su nota, no contiene una declaración de carácter sucesorio en la forma que dispone el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, sino una simple manifestación de quien paga en nombre de unas personas que dice son hijos del deudor y se titulan herederos de su padre; que, en consecuencia, no resultando debidamente en el Registro el fallecimiento de don Enrique Corbí, no puede estimarse incumplido el artículo 166 del Reglamento Hipotecario; que por eso, la acción se dirigió contra el señor Corbí, en el supuesto de que existiera o sus herederos o herencia yacente, en el caso de que hubiese fallecido; que, además, las circunstancias exigidas en el artículo 166 del Reglamento Hipotecario sólo deben consignarse si son conocidas, como afirma recientemente resolución del Centro Directivo (28-3-69); que los bienes embargados son privativos del marido, por lo que no entra en juego el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, pero, además, tratándose de cónyuges catalanes, a tenor del artículo 7 de la vigente Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, existe la presunción *iuris tantum* de que los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges son privativos de los mismos; y que las sentencias firmes no pueden modificarse ni se pueden introducir alteraciones en la forma en que se ha desarrollado el procedimiento, por lo que la calificación de subsanables de las faltas es inadecuada, sin que el Registrador pueda inmiscuirse en la función atribuida a los jueces, que desarrollan su cometido con entera libertad e independencia, sometidos sólo a los mandatos de las leyes, que interpretan, como es lógico, según su leal saber y entender;

Resultando que el Registrador informó: que no ha invadido el campo de la actuación judicial ni ha discutido el aspecto sustantivo o formal del procedimiento ni el fondo de la sentencia en él dictada, pero que en el Registro surgen unos obstáculos para la práctica del asiento que se pretende, que hay que tener en cuenta; que tales obstáculos consisten en la constancia en los libros registrales del domicilio del demandado, por lo que no puede decirse que es de ignorado paradero; que al dirigirse también la acción, en su caso, contra los herederos del titular registral, debió expresarse, según el artículo 166 del Reglamento Hipotecario, la fecha del fallecimiento; que como en las inscripciones registrales don Enrique Corbí figura como casado, la demanda debió dirigirse, según el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, en caso de fallecimiento del mismo y pendiente de liquidar la sociedad conyugal, contra la viuda y los herederos del marido, salvo que previamente se hubiese acreditado la vecindad catalana, y, por tanto, la existencia del régimen de separación de bienes entre los cónyuges; y que el conocimiento de las cuestiones derivadas de los títulos inscribibles corresponde a la jurisdicción voluntaria cuando no exista contienda entre parte;

Resultando que el juez que intervino en el procedimiento informó: que al practicarse la citación a don Enrique Corbí en el domicilio designado, avenida Angel Sallent, números 1 y 3, manifestaron sus familiares que desapareció cuando la Guerra de Liberación, por lo cual, mal pudo expresar el mandamiento la fecha en que falleció, al no haber constancia cierta de la misma ni siquiera del hecho de la muerte; que la inscripción que cita el Registrador no facilita elementos suficientes al respecto, pues lo único que consta es que un tercero confiesa haber

recibido el importe de un préstamo hipotecario pagado por cuenta de otras personas; que el procedimiento del que deriva el mandamiento se siguió contra el deudor, o en su defecto, contra sus herederos indeterminados o herencia yacente, por lo que, a su juicio, no es aplicable el artículo 166, 1.º del Reglamento Hipotecario, sino el 165, de acuerdo con lo declarado en la Resolución de 18 de diciembre de 1942; y que, en cuanto a la aplicación del artículo 144 del repetido Reglamento, no consta en autos dato alguno que indique que la finca es ganancial, pudiendo, por el contrario, más bien presumirse que no lo es;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por recurrente y juez, y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial. El Registrador fue condenado en costas.

Doctrina.—«Considerando que las cuestiones planteadas en el presente recurso consisten en determinar si puede practicarse la anotación preventiva de embargo ordenada en trámites de ejecución de sentencia dictada en juicio verbal civil seguido en reclamación de las pensiones atrasadas de un censo de nuda percepción, respecto de una finca radicada en Tarrasa, habiéndose seguido el pleito contra el demandado, deudor «de ignorado paradero y, en su caso, contra los ignorados herederos o herencia yacente del mismo», cuando en los libros registrales aparece: a), que en la inscripción de constitución del censo figura que dicho deudor era casado, y no se ha interpuesto la demanda contra la mujer; b), que en una inscripción de hipoteca obrante en el folio registral de la finca aparece un domicilio de dicho deudor, y c), que en la cancelación de la hipoteca se indica que se extiende el asiento por haber satisfecho la cantidad garantizada quienes afirman ser «causahabientes del deudor, su padre».

«Considerando que del asiento de cancelación practicado en el folio registral de la finca no resulta plenamente acreditado el fallecimiento del deudor ni las circunstancias personales de los herederos, ya que en dicha cancelación únicamente aparece el pago de la cantidad asegurada con la hipoteca «por los hermanos don Juan, doña María, don Fernando, doña Iluminada, don Enrique, doña Celeste, doña Montserrat y doña Nuria Corbí Folch, como causahabientes del deudor: su padre, según se afirma, don Enrique Corbí Vitoria», y siendo esto así, es indudable que determinaría grandes dificultades para el acreedor tener que averiguar, a efectos de obtener la anotación preventiva de su derecho, si el fallecimiento había efectivamente ocurrido, la fecha del mismo y, en fin, las circunstancias personales de los herederos.»

«Considerando que si se estimase acreditado que dicho fallecimiento había ocurrido, el precepto aplicable sería como señala el funcionario calificador en la nota impugnada, el artículo 166, 1.ª, del Reglamento Hipotecario que al señalar las circunstancias que deben contener las anotaciones preventivas de embargo ordenadas en procedimientos seguidos contra los herederos del deudor fallecido y por responsabilidad del mismo, distingue que éstos sean indeterminados, en cuyo caso se expresará únicamente la fecha del fallecimiento de aquél o que dichos herederos sean ciertos y determinados, en cuyo caso se consignarán, además, las circunstancias personales de los mismos.»

«Considerando que aunque normalmente las anotaciones preventivas deben contener, al igual que las inscripciones, las circunstancias exigidas para cada una

de ellas en la legislación hipotecaria, no debe olvidarse que dicha legislación establece, respecto de las primeras, un criterio menos riguroso, según se desprende de los artículos 72, párrafo 1.º; 73, párrafo 1.º, y 75, de la Ley Hipotecaria, criterio reiteradamente mantenido por este Centro Directivo cuando declara que en beneficio de la recta administración de justicia deberá practicarse la anotación aun en casos en que de los títulos o documentos presentados para obtenerlas no resulten todas las circunstancias exigidas legalmente.»

«Considerando, por tanto, que la exigencia de las circunstancias que determina el artículo 166, 1.ª, del Reglamento Hipotecario no ha de interpretarse en el sentido de impedir en absoluto la extensión de la anotación preventiva cuando las mismas no consten, ya que, de entenderlo de este modo, ocurriría que en muchos casos no sería posible la garantía inmobiliaria que la anotación preventiva de embargo significa al ser desconocidas para el acreedor la fecha del fallecimiento o las circunstancias personales de los herederos, y en el presente caso se refuerza lo indicado, toda vez que dicho fallecimiento no está plenamente acreditado y la demanda se dirigió contra el deudor registral y, *ad cautelam*, por si el mismo hubiese fallecido, contra sus ignorados herederos o herencia yacente del mismo, quedando, como es lógico, a salvo los recursos que las leyes procesales establecen respecto de los así demandados y declarados en rebeldía.»

«Considerando que por lo que se refiere al segundo de los defectos apuntados en la nota calificadora que consiste en no haber sido demandada la esposa del deudor conforme ordena el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, hay que señalar que en el presente caso se trata de una anotación de embargo ordenada en juicio verbal civil seguido en reclamación de las pensiones atrasadas y no satisfechas de un censo en nuda percepción y constituido por contrato, lo que supone el incumplimiento por parte del demandado, titular del dominio útil, de una de las obligaciones contractualmente asumidas por él mismo y así se ha dirigido la demanda contra la persona que aparecía únicamente legitimada para serlo pasivamente tal como declaró la Resolución de 28 de marzo de 1969, ya que los sucesores de aquel que contrató con el marido demandan solamente a éste y el embargo se ha realizado sobre la misma finca dada en censo y no sobre otros bienes que pudieran pertenecer a la sociedad conyugal si la misma existiere, y ello hace innecesario entrar a examinar la cuestión de la vecindad del deudor, que presumiblemente ha de ser la catalana, en base a las circunstancias que concurren, y que de ser así impediría igualmente apreciar este defecto, dado el sistema de separación de bienes que regula las relaciones patrimoniales de los esposos.»

«Considerando que la nota calificadora no revela la ignorancia inexcusable de elementales normas procesales por parte del Registrador por lo que no parece deban ser impuestas las costas a dicho funcionario, ya que se ha limitado a señalar dentro de los límites que para la calificación de los documentos judiciales establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, los defectos de que a su juicio adolecía el mandamiento.»

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó la nota del Registrador, salvo en lo relativo a la imposición de costas.»

Consideraciones críticas.

La presente Resolución plantea un problema de «legitimación pasiva» incrustado en un procedimiento judicial, que tiene posteriormente una inevitable relación con el Registro de la Propiedad. Las relaciones que la documentación judicial ofrece frente al Registro de la Propiedad son cada vez más frecuentes y cada vez son más difíciles de resolver, sin rozar límites y competencias de los funcionarios que intervienen en el otorgamiento de los actos y en su calificación. El superior principio de la *seguridad jurídica* cobija de una parte el de la seguridad del derecho, a cargo de la autoridad judicial y, de otra el de la seguridad del tráfico, cuyos fines se cumplen a través del principio de la calificación registral que da o no paso a la posibilidad de la publicidad. Reguladas perfectamente por los artículos referidos a la calificación registral de los documentos judiciales (18, 99, 100 y 101 de la Ley Hipotecaria y 98 y 99 del Reglamento Hipotecario) la competencia y forma de proceder del funcionario calificador, debería ser difícil considerar invadidos campos reservados a cada competencia, pero en esto, como en todo, depende del elemento humano que intervenga y de las intuiciones interpretativas que a determinadas actuaciones se le puedan dar. Al funcionario calificador, en este supuesto, se le condenó en costas por la Audiencia, condena que se revoca por la Dirección General considerando que «la nota calificadora no revela la ignorancia inexcusable de elementales normas procesales por parte del Registrador». Y no la revelaba de ninguna forma, ya que el supuesto de su calificación residía en si el caso estaba o no regulado en el artículo 166, 1.º del Reglamento Hipotecario. Sin embargo, no puede ser admitido de ninguna forma la idea que el Juez informante e interviniente en el procedimiento sostenía considerando que el supuesto más que referirse al artículo 166, 1.º del Reglamento Hipotecario, se refería al 165 del mismo cuerpo legal. Leído con auténtica serenidad el artículo 165 del Reglamento Hipotecario no hace más que exigir una serie de condiciones a los mandamientos que deben ser presentados en el Registro para verificar las anotaciones preventivas. Se trata de condiciones generales: literalidad de la providencia o resolución, su fecha y, en su caso, que es firme. Ello no supone ningún caso «particular», sino los generales que debe contener todo mandamiento «sin perjuicio» de los especiales que señala el artículo 166 y siguientes del mismo Reglamento.

Para hacer más asequible este comentario crítico vamos a seguir el orden que determina la nota calificadora del Registrador:

A.—Incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 166 del Reglamento Hipotecario.

El artículo 166, 1.º del Reglamento Hipotecario contempla una serie de supuestos para facilitar registralmente la anotación de embargo y solucionar, por así decirlo, el principio de tracto sucesivo. Fundamentalmente son dos los casos que aquí nos interesan: procedimiento seguido contra herederos indeterminados del deudor que tiene inscritos los bienes a su nombre en el Registro y por responsabilidades del mismo. En este caso es preciso hacer constar en la inscripción (y, por supuesto, en el mandamiento), la fecha del fallecimiento. El otro supuesto es que se trate de herederos ciertos y determinados del mismo, en cuyo caso se hace

necesario precisar las circunstancias de los mismos y la fecha del fallecimiento del causante, lo cual obliga a que consten en el mandamiento.

De los hechos que se relatan en los «resultandos» de la Resolución se deduce que el caso contemplado escapaba a la previsión de los dos citados en el 166, 1.º del Reglamento Hipotecario, pues el deudor no había fallecido o, por lo menos, no resultaba probada su muerte para que el mandamiento contuviera dicha fecha que como circunstancia exige el artículo. A la vista de ello la Dirección en vez de considerar el caso fuera de las previsiones legislativas del Reglamento invoca dos argumentos para salvar la situación: uno, es el de la dificultad que el acreedor tiene para averiguar el fallecimiento del acreedor, su fecha y las circunstancias personales de los herederos; y otro, la socorrida doctrina del menor rigor empleado por la Ley Hipotecaria para exigir el juego circunstancial de las anotaciones preventivas de los artículos 72, 1.º, 73, 1.º y 75 en comparación con la sanción de nulidad que para las inscripciones establece el artículo 30 de la misma Ley.

Si conforme a este segundo argumento la anotación preventiva debe contener todas las circunstancias que se exigen para las inscripciones en cuanto resulten «de los títulos o documentos presentados para exigir las mismas anotaciones», resulta que en el presente caso no parecía estar suficientemente claro el hecho del «fallecimiento del deudor». Aparte de la documentación que el Juez tuviera en el momento de dictar su resolución, contaba con la certificación registral que preceptivamente exige expedir el artículo 143 del Reglamento Hipotecario y que ponía a su disposición el «contenido del Registro», que es uno de los medios utilizables por el Registrador para calificar. De ese contenido sólo se deducía la existencia de «un domicilio» en la inscripción segunda de la finca, figurando en ella la constitución de una hipoteca y en la cuarta, que era de cancelación de dicha hipoteca, figuraba la aceptación del pago por el acreedor de la hipoteca hecho «por los hermanos don Juan, doña María, don Fernando, doña Iluminada, don Enrique, don Celeste, doña Montserrat y doña Nuria Corbí Folch, como causahabientes del deudor, su padre, según se afirma, don Enrique Corbí Vitoria.»

Ante esta realidad los criterios judicial y registral son distintos. El Juez considera que la persona a quien se reclama una serie de pensiones de un censo a nuda percepción y que figura como tal registralmente no había fallecido y, por ello, la notificación la realiza contra el mismo y «ad cautelam» por si el mismo hubiera fallecido, contra sus ignorados herederos o herencia yacente del mismo. Aplica al presente caso el Juez lo que disponen genéricamente sobre notificaciones los artículos 260 y siguientes de la LEC., sin que entre en funciones lo que dispone el 1.444 y 1.460 del mismo cuerpo legal, que contemplan un supuesto de «desconocimiento de domicilio y de ignorado paradero del deudor».

Sin entrar, por supuesto, en el examen del fondo de la decisión judicial al realizar la práctica de las notificaciones, sí creo que debo destacar cómo además de los elementos de juicio tenidos como consecuencia de las certificaciones registrales, en la contestación que a la notificación realizada se le da, se descubre la manifestación de los herederos de que el titular registral de la deuda «desapareció en la Guerra de Liberación», lo cual puede ser un dato para el inevitable traslado al Ministerio Fiscal a fin de que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 181 y 182 del Código civil. Puede admitirse que el pago hecho por los hijos del desapa-

recido deudor no aporte un dato acreditativo para que los mismos sean considerados como herederos, aunque el pago se realiza en el concepto de *causabientes del deudor*, padre de los mismos, pero ya es un indicio que permite ampliar la notificación de los términos de duda o «ad cautelam» que la misma contiene. Precisamente éste pago —legalmente admitido por los artículos 1.157 y siguientes del Código civil— elimina a mi entender la posible notificación a una «herencia yacente», de la cual la doctrina nos dice que se da en aquellos casos en los que la herencia está deferida, pero no aceptada. Para que la herencia esté deferida es preciso partir del fallecimiento del deudor y para que la herencia no se considere aceptada es preciso que no estemos en casos expresos que así lo revelen o en tácitos en los que los herederos actúan y que no tendrían derecho a realizar sin la condición de herederos (artículo 999 del Código civil).

Pero aun admitiendo que la notificación procesal estuviera correctamente hecha, había base suficiente en los hechos procesales y sobre todo en el contenido del Registro, para que el Registrador estimase la existencia de un fallecimiento del deudor y la necesidad de que el mandamiento expresase esta circunstancia. El Registrador estimó que se trataba de una deuda del que como deudor figuraba en el Registro y que al haberle sido hecha la notificación al mismo, a sus herederos o a la herencia yacente, había que situar hipotecariamente el supuesto en el artículo 166, 1.º y no en el segundo párrafo de dicho apartado, en el que se contempla el caso de responsabilidades de los herederos, pero no del causante. Lo que sucede es que los casos contemplados por el primer párrafo resultan insuficientes para abarcar todos los supuestos que la práctica presenta, pero nunca puede trasladarse —como pretende el informe judicial— el supuesto del artículo 166, 1.º al artículo 165 del Reglamento, invocando para ello la Resolución de 18 de diciembre de 1942, que para nada se refiere a ubicación de supuestos y que solamente resuelve el caso de «herederos indeterminados» sin señalar la normativa aplicable.

Tirso Carretero, al comentar esta misma Resolución (Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, septiembre-octubre, 1971, número 486, página 1256), dice que resulta extraña una demanda entablada con esa indeterminación «mortis causa» del demandado, si esta indeterminación ha de propagarse necesariamente a la acción en sentido material, a la obligación, a la deuda y, por tanto, a la responsabilidad. Pero también considera absurdo, jurídicamente hablando, negar protección no sólo la de la anotación preventiva, sino la de los Tribunales, a un acreedor que no consigue información cierta sobre la vida o muerte de su deudor o sobre las personas de los herederos del mismo.

Mi opinión está muy de acuerdo con estas acertadas sugerencias, pero no hay que olvidar que frente a sensiblerías de acreedores impagados con dificultades para lograr información sobre la vida o muerte del deudor o sobre sus posibles herederos, existen de una parte preceptos jurídicos —como en este caso los de la ausencia— que permiten ciertas soluciones y, de otra, el principio de tracto sucesivo debe ser respetado en su integridad, salvo los casos excepcionales que el legislador contempla en forma muy especial y, cuando el caso es dudoso, como en el presente, sólo cabe la aplicación analógica o razones de equidad para su solución.

Para Tirso Carretero, en el trabajo citado, la justicia intrínseca de la Resolución es innegable, ya que al tratarse de un censo a nuda percepción del derecho catalán, supone una carga real y, como tal, un derecho de realización de valor

análogo a las «reallasten» del B. G. B. que sujetan la finca directa e inmediatamente. Análogo a la hipoteca en su artículo 104 de la Ley Hipotecaria. Así lo dice el artículo 304 de la Compilación catalana al hablar de que la *finca responderá* del pago de las pensiones. El procedimiento verbal y la ejecución de la sentencia venían a constituir «casi» un puro proceso de ejecución real dirigido, en primer término sobre la finca censida, por lo que la persona del demandado pasaba a segundo plano.

B.—*Incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario.*

El segundo defecto que el Registrador alega en su nota es el incumplimiento del artículo 144 del Reglamento Hipotecario conforme al cual es necesario que la demanda se dirija contra marido y mujer, siempre que se trate de bienes adquiridos *durante* el matrimonio a título oneroso y no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges. Se basaba el Registrador para la aplicación de dicho artículo en que en una de las inscripciones de la finca, precisamente la de constitución del censo, figuraba el carácter de *casado* del deudor de la pensión.

Poco después de la reforma legislativa del artículo 1.413 del C. c. señalé, en una de mis publicaciones, la necesidad de que se hiciera constar en forma obligatoria la «vecindad foral», pues siguiéndose en las llamadas regiones forales un sistema económico matrimonial distinto al del régimen común, el peligro de que entre en funciones la presunción general del artículo 1.407 del C. c. en torno a los bienes gananciales, es decisivo. Por ello es necesario tener muy presente ese dato mientras no se reforme el artículo 159 del Reglamento notarial, en el sentido de que en la escritura notarial se haga constar que cuando por Ley o por pacto no exista entre los cónyuges la sociedad de gananciales se haga constar así, o bien que cuando no se diga nada en la escritura se reputará existente dicha sociedad de gananciales.

Se hizo la reforma del Reglamento Notarial, pero se dejó sin retocar este punto, lo cual ha de seguir provocando conflictos en orden al juego de presunciones, ya que si en la escritura nada se dice sobre «vecindad foral», el Registrador no puede por su cuenta añadir este dato al que se refiere con frase poco lograda el número 9 del artículo 51 del Reglamento («y, en su caso, la vecindad foral y la nacionalidad»).

En los correspondientes informes del Registrador y del Juez se ofrecen dos posturas antagónicas. El primero reputa que como el dato del Registro señala el carácter de «casado» del titular de la finca y nada se dice de la «vecindad foral» debe de entrar en juego la presunción del artículo 1.407 del C. c. El Juez, pensando en el territorio catalán, afirma que la presunción debe ser distinta: la titularidad de la finca nunca puede presumirse ganancial, sino privativa. Ante ambas posiciones es preciso pensar de una parte en el carácter *territorial* de la Ley Hipotecaria que extiende su ámbito también al territorio catalán y al extenderlo lleva en su aplicación el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, porque en dicha región habrá sin duda personas a las que deba aplicarse, mientras no afirmen lo contrario en los documentos adquisitivos de sus derechos que han de reflejarse en el Registro. De otra parte, cabe la existencia de pacto acogiendo al régimen de gananciales y a otros diversos de comunidad y, por último, no existe

en la Compilación un criterio presuntivo, mientras no se demuestre lo contrario, análogo y en favor de los bienes privativos al igual que el 1.407 del C. c. para los gananciales. A lo más que ha llegado la Compilación es a «presumir» el carácter parafernial de los bienes adquiridos por la mujer o donados por el marido (artículos 23 y 49 de la Compilación).

Como el considerando en el que la Resolución aborda el problema rechaza la discusión de si hay o no vecindad foral y da por supuesto que la deuda es contractual y del marido y que «presumiblemente» la vecindad es catalana, deja sin aplicación el artículo 144 del Reglamento. Entiendo que era fundamental haber precisado el carácter de esa vecindad, pues caso de regirse el matrimonio por el sistema de gananciales la aplicación de la presunción del 1.407 del C. c. sobre el carácter de la adquisición y la del 1.408 del mismo código sobre el carácter de la deuda, era inevitable.

Para reforzar el argumento que utiliza la Dirección General se trae a colación la doctrina que parece emanar de la Resolución de 28 de marzo de 1969, conforme a la cual «habiéndose dirigido la demanda contra el marido, no es necesario que se dirija también contra la esposa» para que pueda practicarse anotación preventiva sobre finca ganancial. Aparte de que los supuestos son distintos —ya que en un caso el juego hipotecario está planteado sobre una anotación preventiva de demanda y en otra de una de embargo— tampoco es un argumento decisivo para justificar la «legitimación pasiva» del deudor y excluir a la esposa del mismo, todo aun existiendo las conocidas Sentencias de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964 en las que el Tribunal Supremo —y en casos de elevación a escritura pública— sanciona el poder dispositivo del marido, todas ellas suficientemente comentadas por Amorós Guardiola (*Rev. Cr. D. Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1969, número 475, pág. 1669 y ss.).

Tirso Carretero justifica la resolución sobre la misma idea de la carga real y el procedimiento de ejecución «casi» real. Pero lo que podría tener una explicación jurídica aceptable en virtud de ese argumento procedimental, cae por tierra al ser aplicado a este caso, en el que al mismo tiempo que se cita a los herederos y a la herencia yacente había que haber contado también con la esposa del deudor, ya que en este caso sí existía una clara prueba de que el mismo estaba casado y podía tener entrada el 144 del Reglamento Hipotecario.

DONACIÓN DE BIENES MUNICIPALES.—ES INSCRIBIBLE LA DONACIÓN HECHA POR UN AYUNTAMIENTO AL PATRIMONIO NACIONAL DEL ESTADO, DE UN INMUEBLE ADQUIRIDO POR EL PRIMERO A TÍTULO ONEROSO, AUN CUANDO NO HAYAN TRANSCURRIDO LOS TREINTA AÑOS DE LA ADQUISICIÓN QUE PARA REALIZAR LA DONACIÓN ESTABLECE EL ARTÍCULO 96 DEL REGLAMENTO DE BIENES DE ENTIDADES LOCALES, DADO QUE EL PRECIO DE COMPRA SE SATISFIZO CON UNA SUBVENCIÓN CONCEDIDA AL AYUNTAMIENTO POR EL MINISTERIO DE LA GOBERNACIÓN. (Resolución de 14 de julio de 1971. *Boletín Oficial del Estado* de 3 de agosto de 1971.)

Hechos.—Resultando que, según escritura de 21 de marzo de 1964, autorizada por el Notario don Eduardo García-Duarte Fantoni, el Alcalde de Zamora, debidamente autorizado por el Ministerio de la Gobernación y representando a este:

Departamento y a la Corporación Municipal, adquirió para ambas Entidades, de doña Asunción Velasco Arias, en el precio de un millón trescientas mil pesetas con que el citado Ministerio había *subvencionado* la compra, un inmueble —la finca número 13.374— cuyo solar se destinaría, parte a vía pública y el resto a la construcción de un cuartel y viviendas para la Policía Armada; que por otra escritura de 2 de marzo de 1965, se rectificó la cabida anterior de la finca, según medición del terreno, al derribar la construcción, y, debidamente autorizado el Alcalde por el Ministerio de la Gobernación, se modificó la titulación, haciendo constar que la adquisición era exclusivamente para el Ayuntamiento, que había ya destinado parte de la finca a vía pública, quedando como resto un solar situado en la plaza de Fray Diego de Deza, número 25, con una extensión superficial de 396 metros cuadrados con 69 decímetros cuadrados; que en esta escritura se puso la siguiente nota: «Teniendo en cuenta escritura de compraventa otorgada el 21 de marzo de 1964 ante el Notario de Zamora don Eduardo García-Duarte Fantoni, ha sido inscrito el documento que antecede en cuanto a la compraventa, en el tomo 1.318, libro 188, folio 144, finca 13.374, inscripción 3.^a, y con relación a la determinación de resto, en los mismos tomo, libro, folio 199, finca 13.374, inscripción 4.^a. Ha sido inscrito un exceso de cabida consistente en 200 metros cuadrados, con arreglo al artículo 205 de la Ley Hipotecaria y 298, caso 5.^o, letra b) de su Reglamento; quedando archivada en este Registro certificación de la Administración de Propiedades de esta Ciudad»; y que por escritura otorgada ante el Notario de Madrid don Antonio Moxó Ruano, el 8 de noviembre de 1967, el Alcalde de Zamora, debidamente autorizado por la Corporación municipal, donó al Estado, representado por el Subdirector del Patrimonio, la finca últimamente descrita, que sería destinada a la construcción de una casa cuartel para la Policía Armada, a cuyo efecto, previamente había sido aceptada la concesión gratuita por Decreto de 20 de diciembre de 1966;

Resultando que presentado en el Registro el anterior documento fue califico con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento porque el solar a que el mismo se refiere ha sido adquirido por el Ayuntamiento donante a título oneroso, sin haber transcurrido desde la fecha de la adquisición los treinta años requeridos por el Reglamento de bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955, cuyo defecto es insubsanable»;

Resultando que el Abogado del Estado de Zamora, en representación del Patrimonio del Estado, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: que son antecedentes dignos de mención que la adquisición se hizo inicialmente para el Estado y Ayuntamiento mediante una *subvención del Ministerio de la Gobernación* de un millón trescientas mil pesetas, con objeto de que sobre parte del solar resultante al derribar la edificación, se construyese una casa-cuartel para la Policía Armada; que posteriormente, se rectificó la anterior escritura en el sentido de que el adquirente sería sólo el Ayuntamiento, permaneciendo invariables los demás extremos del documento inicial; que destinada a vía pública parte de la finca adquirida, el resto se ofreció gratuitamente como solar al Ministerio de Hacienda para la finalidad señalada; que tramitado el oportuno expediente, se aceptó la donación por orden del Ministerio de la Gobernación de fecha 11 de febrero de 1966 y Decreto del Consejo de Ministros de 20 de diciembre del mismo año; que para ejecución del mencionado De-

creto se otorgó la escritura calificada, en la que se testimonian los antecedentes documentales oportunos; que el artículo 98, párrafos 3 y 4 del Reglamento Hipotecario establecen que cuando las leyes y otras disposiciones impongan como requisito para otorgar determinado título la autorización, licencia o aprobación de una Autoridad u Organismo administrativo, deberá practicarse la correspondiente inscripción, siempre que se acredite el cumplimiento de dicho requisito y únicamente podrá denegarse el asiento cuando una Ley sancione expresamente la omisión del requisito que preceptúa con la nulidad absoluta del acto o su inscripción; que en este caso, se ha contado con las autorizaciones necesarias, por lo que la inscripción que se pretende no debe ser denegada; que el artículo 96, 1.º-e del Reglamento de Bienes Municipales no sanciona con nulidad los actos en que se hubiese incumplido lo que dispone; que el citado precepto es fundamentalmente de carácter formal, no puede oponerse a lo establecido en el artículo 25-2.º de dicho Reglamento y 189-2.º de la Ley de Régimen Local; que tampoco puede afectar a la eficacia de la donación lo dispuesto en el artículo 98 del citado Reglamento; que, en todo caso, lo dispuesto en un Reglamento es inferior en rango a lo establecido en Ley (art. 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado) y el Reglamento de Bienes Municipales fue dictado en cumplimiento y desarrollo de la Ley de Régimen Local; que realmente y teniendo en cuenta preceptos básicos del Código civil sobre contratación, la adquisición por el Ayuntamiento del inmueble cuestionado fue gratuita para la Corporación Municipal, puesto que el precio se pagó íntegramente con una subvención otorgada por el Ministerio de la Gobernación; y que lo que pretende el artículo 96, apartado e) del Reglamento de Bienes Municipales es evitar que los Ayuntamientos cedan gratuitamente bienes de propios, cuya adquisición se hubiera verificado con cargo a fondos municipales, o sea, a título oneroso para el Municipio y el inmueble referido se adquirió con fondos proporcionados por el Ministerio de la Gobernación, sin gravamen alguno para el Municipio y con una finalidad determinada de antemano;

Resultando que el Registrador informó: que las exigencias de los artículos 95 y 96 del Reglamento de Bienes Municipales son independientes, pues el primero hace referencia a la necesaria autorización para poder enajenarlos, otorgada por la Administración Central, radicada en el Ministerio de la Gobernación, previo informe en ciertos casos, del de Hacienda, mientras que el segundo se refiere a los trámites obligados que hay que seguir en la esfera local, tendentes a impedir cualquier intromisión superior que mermaría su autonomía y libertad; que al exigir el artículo 96 del expresado Reglamento que se cumplan «en todo caso» los requisitos que establece en el apartado 1.º, indica que éstos no son indispensables ni dependen de la autorización superior; que al permitir el núm. 2 del mismo artículo la cesión gratuita de solares al Instituto Nacional de la Vivienda para los fines que especifica, deja bien claro que el requisito exigido en la calificación es necesario y que se precisa en todos los demás casos; que la invocación por el recurrente del párrafo 3.º del artículo 98 del Reglamento Hipotecario es improcedente, puesto que la autorización administrativa a que el mismo se refiere no ha sido objeto de calificación; que podría admitirse que la autorización del Ministerio de la Gobernación debería tener en cuenta los requisitos y circunstancias del expediente tramitado por la Corporación Municipal, pero esto no excu-

sa al Ayuntamiento del cumplimiento de las normas que limitan la cesión gratuita de bienes propios, y este criterio es compartido por la Dirección General de Administración Local en escrito de fecha 29 de julio de 1965 dirigido a la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el cuidado que deben tener los Notarios al otorgar escrituras referentes a bienes municipales; que los artículos 95 y 96 del Reglamento de Bienes Municipales no son contrarios a lo establecido por la Ley de Régimen Local, sino que tal Reglamento fue dictado para su complemento y desarrollo; que en los propios acuerdos de la Corporación Municipal y autorización del Ministerio de la Gobernación recogidos en la escritura calificada, se hace referencia a la necesidad de cumplimiento de los requisitos contenidos en los citados preceptos referentes a la tramitación del obligado expediente, por lo que no tiene sentido que el recurrente considere inoperante la exigencia del transcurso de treinta años en la cesión gratuita de bienes adquiridos onerosamente por las Corporaciones Locales, sin que afecte a tal exigencia el hecho de que el precio se pagase con una subvención procedente del Ministerio de la Gobernación, la cual pasó a formar parte del Patrimonio Municipal y sin que pueda entenderse que dicha subvención estaba condicionada a que sobre el solar que quedase al derribar el inmueble adquirido se edificase una casa-cuartel para la Policía Armada, estipulación que en todo caso, podría considerarse como una obligación modal, pero nunca como un gravamen real;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada, después de una detallada exposición de hechos, informó: que la compra por el Ayuntamiento y la donación por el mismo del solar al Ministerio de la Gobernación constituyen en realidad, una sola operación económica integrada por dos negocios jurídicos conexos, que podrían haberse simplificado mediante la compra directa por el Departamento interesado, por lo que los preceptos alegados por el recurrente y Registrador, hay que interpretarlos con un criterio amplio y liberal para que pueda conseguirse la finalidad pretendida; que normalmente los expedientes como el que ha motivado este recurso son objeto de estudio detenido y, en el presente caso, ha mediado informe favorable de la Asesoría Jurídica del Patrimonio del Estado y se ha presentado al Notario autorizante minuta del instrumento que se pretendía otorgar; que es incuestionable que el Ayuntamiento de Zamora no sufre perjuicio alguno por su donación al Ministerio de la Gobernación, en razón a que no emplea fondos propios, sino que eran procedentes de la subvención otorgada por aquel Ministerio; que, por el contrario, el Ayuntamiento se beneficia al adquirir con caudales ajenos una parcela destinada a vía pública, con embellecimiento de la ciudad al quedar independiente el edificio del Gobierno Civil y construirse además otro edificio para la Policía Armada, con la ventaja que este servicio público supone para la capital; que sobre la realidad económica expuesta se perfila la realidad jurídica con fórmulas más o menos perfectas, pero aceptables; que el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, cuyas exigencias fueron en general cumplidas, debe ser interpretado en su espíritu y no en su letra; y que en el negocio jurídico contenido en la escritura calificada sobre los intereses de derecho privado hay un trasfondo de derecho público con su nota de *imperium*, que debe prevalecer sobre cualquier defecto adjetivo que pudiera existir, el cual debería, en su caso, estimarse convalidado por las superiores.

autorizaciones recibidas del Ministerio de la Gobernación y del Consejo de Ministros.

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y el Abogado del Estado recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos, que amplió en algunos puntos.

Doctrina.—«Considerando que este expediente plantea la cuestión de si es inscribible la donación hecha por el Ayuntamiento de Zamora al Patrimonio Nacional del Estado de un inmueble que el primero adquirió por compra a doña Asunción Velasco, cuando no han transcurrido los treinta años de plazo que señala el artículo 96 del Reglamento de Bienes de Entidades Locales de 27 de mayo de 1955 y habiéndose satisfecho el precio de aquella compra con una subvención concedida al Ayuntamiento por el Ministerio de la Gobernación.»

«Considerando que son antecedentes a tener en cuenta los siguientes: a) en 21 de marzo de 1964, doña María de la Asunción Velasco Arias-Gago, tras proceder a la división material de una finca de su propiedad, vende una de las porciones resultantes al Ministerio de la Gobernación y la otra al Ayuntamiento de Zamora; b) en 2 de marzo de 1965, se rectifica la escritura anterior, por haber rehusado el Ministerio de la Gobernación la compra precedente, hecha a su favor y, en su lugar, adquiere aquel inmueble el mismo Ayuntamiento como bien de propios; c) el precio de adquisición de ambos inmuebles se satisfizo por el comprador con una subvención concedida por el Ministerio citado; y d) en 8 de noviembre de 1967, el Ayuntamiento, previa la correspondiente autorización del Ministerio de la Gobernación, donó la finca a que hace referencia el apartado b) al Patrimonio Nacional del Estado, siendo autorizada la aceptación de la donación por Decreto de 20 de diciembre de 1966»;

«Considerando que el texto articulado y refundido de la Ley de Régimen Local aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, establece en el artículo 189 que los bienes inmuebles de propios de los municipios no podrán enajenarse, gravarse ni permutarse sin autorización o, en su caso, conocimiento del Ministerio de la Gobernación y tampoco podrán cederse gratuitamente sino a Entidades e Instituciones Públicas para fines que redunden en beneficio de habitantes del término municipal y previa autorización del mismo Ministerio, precepto que es una reproducción literal del contenido en la Base XIX de la Ley de 17 de julio de 1945, así como el artículo de igual número del texto articulado de la anterior, aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950 y que aparece desarrollado en los artículos 94 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955».

«Considerando que para las cesiones gratuitas, el artículo 96 del mencionado Reglamento exige, además del acuerdo favorable de las dos terceras partes del número legal de miembros de que se componga la Corporación, la instrucción de un expediente en el que, entre otros requisitos, se justifique por certificación registral que los bienes fueron adquiridos a título gratuito, o que, de haberlo sido a título oneroso, han transcurrido treinta años desde la fecha de adquisición, precepto reglamentario que no puede considerarse derogado por el artículo 189 de la Ley, pues aun siendo ésta de fecha posterior en algo más de un mes al Reglamento, no hay que olvidar que se trataba de la articulación y refundición

de unos textos anteriores, cuyo contenido literal en este punto concreto, aparece totalmente respetado.»

«Considerando que, a mayor abundamiento, esta limitación impuesta a los Municipios, motivó la Circular de la Dirección General de Administración Local de 29 de julio de 1965, en la que se advertía la vigencia del precepto señalado y la necesidad de que se llamase la atención a los Servicios dependientes de este Centro para que se procediese a su cumplimiento.»

«Considerando que los preceptos reguladores de la enajenación de bienes de las Entidades Locales están dictados principalmente para defender y sanear su patrimonio evitando aquellas enajenaciones que lo empobrezcan y en el presente caso no parece que exista tal peligro de empobrecimiento, ya que el inmueble en cuestión fue adquirido por el Ayuntamiento que ahora lo dona al Estado, abonando su precio mediante una subvención concedida por el Ministerio de la Gobernación y sin efectuar desembolso alguno, por lo que en su conjunto la operación adquisitiva no puede decirse que fue onerosa para el Ayuntamiento aunque se instrumentase como una compra-venta y consiguientemente dando preferencia a una interpretación finalista sobre la meramente literal, no resulta aplicable la limitación que contiene el artículo 96, 1, e) del Reglamento de Bienes ya citado.»

«Esta Dirección General ha acordado revocar el Auto apelado y la nota del Registrador.»

Consideraciones críticas

Sobre el mismo problema que plantea esta Resolución, y un poco antes de que en la Revista Crítica apareciera un comentario de la misma firmado por Amorós Guardiola, había yo publicado unos comentarios en el Boletín Informativo del Colegio Nacional de Registradores de los que voy a aprovechar ahora algunos datos, sin perjuicio de que esa facultad de «arrepentimiento» que todo derecho de autor lleva consigo, me pueda permitir hacer una excepción a la doctrina de los «actos propios». Digo esto ya que el caso que se contempla en esta Resolución tiene más complejidad que el que yo ofrecía, también real, en mis comentarios.

El negocio final que los hechos nos ofrecen viene regulado por los artículos 189 y 303 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955, así como el artículo 96 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955. Conforme a los dos primeros es necesario en las cesiones gratuitas que sean autorizados por el Ministerio de la Gobernación y que se hagan a entidades o instituciones públicas del término municipal. Por lo que se refiere al artículo 303 de la misma Ley, es indispensable el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta legal de los miembros de la Corporación, para la validez de los acuerdos sobre enajenación de bienes, cuando su cuantía exceda del diez por ciento del presupuesto ordinario de ingresos. Conforme al artículo 96 del Reglamento, la cesión gratuita de bienes requiere acuerdo favorable de las dos terceras partes del número legal de miembros de que se componga la Corporación y la instrucción de un expediente que cumpla una serie de requisitos, entre los cuales está el que se aporte una certificación del

Registro de la Propiedad de que los bienes fueron adquiridos a título gratuito, o que de haberlo sido a título oneroso, han transcurrido treinta años desde la fecha de la adquisición.

En la escritura de donación o cesión gratuita que llega al Registro, después de unas incidencias que no hacen al caso, se refleja el cumplimiento del expediente a que se refiere el artículo 96 del Reglamento de Bienes, conforme autorización del Ministerio de la Gobernación, y, asimismo, la aceptación de la cesión por el Estado, a través de un Decreto expreso. Igualmente se acompaña, como documento complementario, la certificación municipal del acuerdo y de la autorización al Alcalde-Presidente para que comparezca en la escritura. Pero a pesar de la autorización ministerial el Registrador, al examinar la escritura y el contenido del Registro, descubre que la finca en cuestión, tanto la parte segregada como la finca matriz, no llevan inscritas en el Registro más de treinta años. Esto es, descubre que en el expediente tramitado por el Ayuntamiento y aprobado por el Ministerio de la Gobernación no se ha dado cumplimiento al requisito que señala la letra e) del artículo 96 del Reglamento de bienes de las Corporaciones Locales, que únicamente viene dispensado en aquellos casos en los que la cesión gratuita se hace a favor del Instituto Nacional de la Vivienda. Y ante este doble contenido, registral documental, el Registrador debe decidir:

a. Doctrinalmente se ha mantenido que los documentos administrativos —aunque en este caso es un documento notarial que contiene un acto administrativo—, en su proyección frente al principio de legalidad, tienen el mismo trato que los judiciales, gozando el Registrador de una cierta mayor libertad en su función. Así opinan Roca Sastre (*Derecho Hipotecario*, Tomo II, Barcelona 1968), La Rica Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, Madrid, 1949), Lacruz Berdejo (*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957) y Sanz Fernández (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1953) entre otros.

La precisión de los actos nulos, anulables e inexistentes es de difícil logro en el campo administrativo, aunque hay autores como Garrido Falla (*Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Madrid, 1964) y González Pérez (*El procedimiento administrativo*, Madrid, 1964), que han sabido llevar a la doctrina a conclusiones casi definitivas. Mientras que en el campo procesal los actos nulos pueden siempre convalidarse, en el administrativo no son susceptibles de subsanación ni prescripción, pudiendo en cualquier momento iniciarse la declaración de nulidad, produciendo ésta sus efectos «ex tunc». Ahora bien, los supuestos en los que la nulidad se produce son limitadísimos y se pueden concretar a los que señala el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el artículo 28 de la Ley de Régimen Jurídico del Estado.

Evidentemente en la tramitación del expediente gubernativo se ha cometido una omisión —inadvertida, por supuesto, por el Notario interviniente en la escritura de donación— y a pesar de no cumplirse el requisito de los «treinta años de la adquisición» de los bienes, el Ministerio de la Gobernación ha aprobado el expediente. ¿Significa ello una nulidad? No cabe duda que si el acto lo calificamos de nulo, el Registrador no puede admitir su inscripción, pues los actos nulos no pueden tener acceso al Registro, sean de la clase que sean; la seguridad jurídica de que habla el artículo 17 del Fuero de los Españoles no puede admitir la misma sobre la base de actos nulos, y el artículo 98 del Reglamento

Hipotecario permite al Registrador discriminar entre lo nulo y lo anulable, para rechazar la inscripción en el primer caso y condicionarla en el segundo.

La argumentación sostenida por el Abogado del Estado fue ciertamente hábil en cuanto que, como veremos luego, la adquisición de los bienes fue *subvencionada*, pero falla cuando dice que el artículo 96, 1.º e) del Reglamento de Bienes Municipales no sanciona con nulidad los actos en que se hubiese incumplido lo que dispone. Se hace curioso destacar esta argumentación, porque si en vez de incumplirse la norma por una Entidad estatal, provincial o local, el infractor fuera otra persona, el criterio cambiaría. Me estoy refiriendo, por ejemplo, al artículo 79 de la Ley del Suelo en el cual los urbanistas centran mucho la eficacia de los planes de ordenación y su incumplimiento no dudan en calificarlo de nulo, cuando hay base en la misma Ley para opinar lo contrario.

Sería muy aventurado en esta ocasión pronunciarse en favor de una nulidad incrustable en los artículos 47 y 28 antes citados, teniendo en cuenta que la Ley sólo exige una autorización ministerial y el Reglamento que desarrolla la materia, se limita a precisar requisitos y exigir documentos. No obstante, sí cabe apuntar conforme a esta Resolución un problema de «fuerza ejecutiva» de una disposición reglamentaria. Conforme a uno de los considerandos se dice que no puede considerarse derogado el artículo 96 del Reglamento de Bienes Municipales por el artículo 189 de la Ley, pues aun siendo ésta de fecha más reciente en algo más de un mes al Reglamento, no hay que olvidar que se trataba de la articulación y refundición de unos textos anteriores cuyo contenido literal en este punto concreto aparece totalmente respetado. Aparte de ello la Circular de la Dirección General de 29 de julio de 1965 advertía la vigencia de dicho precepto.

b. El contenido registral va a darnos la solución para que el Registrador rechace el acto, sin tener que entrar en la discusión de si el mismo es o no nulo, de si viola o no un precepto vigente y ante el cual es problemático aplicarle la doctrina civilista de la nulidad absoluta del artículo 4 del Código civil.

Estimo que el Registrador al calificar un supuesto semejante al que contemplamos, debe «denegar» la inscripción, pero no basándose en defectos de tramitación del expediente o falta de cumplimiento de requisitos del mismo, sino en la existencia clara y precisa de una *prohibición legal* de disponer, que cercana las posibilidades jurídicas de cesión de las Entidades Locales y que no puede ser salvada o no tenida en cuenta por una autorización ministerial. Me resisto a creer que cualquiera de esa serie de prohibiciones administrativas que la legislación agraria, urbanística, histórica, etc., establece pueda ser eliminada en su eficacia por un expediente administrativo autorizado debidamente por la persona legitimada al efecto, provocando así una derogación de normas que el rango legislativo de la misma no admite, pues no hay que olvidar que nuestro viejo artículo 5 del Código civil tiene aplicación general, por el gran juego que el 16 le presta.

En el supuesto concreto que nos ocupa el problema se matiza, pues si bien los bienes adquiridos por el Ayuntamiento y que luego éste va a donar, lo fueron a *título oneroso* en escritura de 1964, posteriormente aclarada y rectificada por otra de 2 de marzo de 1965 que fue inscrita en el Registro de la Propiedad, resulta que el precio que allí se empleó no procedía de lo que podríamos llamar «erario» municipal, sino de una *subvención* del Ministerio de la Gobernación con

objeto de que sobre parte del solar resultante al derribar la edificación existente se construyese una casa cuartel para la Policía Armada.

La norma distingue claramente dos supuestos: las adquisiciones gratuitas para las que no es preciso el transcurso del tiempo de los treinta años y las onerosas en las que se exige este plazo para evitar, dice la Resolución, «aquellas enajenaciones de bienes de las Entidades Locales que las empobrezcan y defender y sanear su patrimonio» ¿En cuál de estos dos supuestos es preciso encuadrar la adquisición realizada por el Ayuntamiento con dinero «subvencionado»? El problema se agranda y nos hace penetrar en la entraña del acto adquisitivo o lo que podríamos llamar causa gratuita u onerosa del negocio.

La subvención es algo así como esos días que en el calendario del trabajo se denominan días feriados no recuperables y abonables. Es una ayuda económica sin el mecanismo de la recuperación que puede ostentar la figura del préstamo. Amorós Guardiola (Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario, septiembre-octubre, 1971, número 486, pág. 1268) después de decir que la subvención se acerca a la figura de la concesión administrativa, por una parte, y a la actividad administrativa de fomento, por otra, concluye considerando la figura como una donación modal, por el cumplimiento que la subvención lleva consigo de una finalidad pública. Ello va a matizar el carácter de compraventa que el Ayuntamiento realiza con el dinero subvencionado, tratándose de un acto adquisitivo con causa onerosa, aunque modalizada en su destino.

A mi entender el origen del precio tiene una decisiva influencia en muchos supuestos que el derecho contempla: carácter parafernial o ganancial de los bienes, pero salvo en el Derecho catalán, no creo que pueda llegar a alterar el carácter oneroso de una compraventa. En derecho catalán la presunción que recoge el artículo 23 de su Compilación puede alterar el carácter oneroso de una adquisición convirtiéndolo en gratuito y el precio empleado de propio en donado, todo ello salvo prueba en contra. Pero en Derecho común es difícil admitir esta influencia del origen del precio para incluso «modalizar» la causa en su carácter oneroso, pero con un destino. Podría hablarse, a mi entender, de una compraventa onerosa, pero *condicionada* a que los bienes adquiridos lo fueran a un destino especial. Me imagino, además, que en el documento tenido a la vista por el Registrador al inscribir la primera adquisición nada se decía al respecto, pues de haberse dicho se hubiera reflejado en el Registro y ello hubiese hecho proceder de otra forma al Registrador.

La Dirección General aplicando una interpretación finalista y haciendo prevalecer la misma sobre la literal, llega a la conclusión de que aunque el negocio se instrumentase como una compraventa, no puede decirse que fuera onerosa para el Ayuntamiento, pues el precio fue abonado mediante una subvención concedida por el Ministerio de la Gobernación y como la finalidad que persigue el artículo 96,1 e) del Reglamento es evitar enajenaciones que empobrezcan a los Ayuntamientos, aquí no existe ese peligro.

Ante esta conclusión sacada por la Dirección General, que da la razón a la tesis sostenida por el Abogado del Estado, es preciso que la distinción entre actos gratuitos y onerosos se maticen de ahora en adelante averiguando el origen del precio, para así aplicar o no la norma del artículo 96,1 e) del Reglamento. Y la instrumentación del negocio y, por supuesto, el dato registral revelador del

carácter de la adquisición no van a ser decisivos. Habrá que buscar de dónde procede el dinero que el Ayuntamiento paga por la adquisición para encuadrar el negocio en la zona de los gratuitos o en la de los onerosos. Estamos rozando un poco la teoría de la simulación, pues si aparentemente revestimos el negocio como de compraventa y luego lo incluimos en los gratuitos por falta de empobrecimiento del Ayuntamiento, pisamos terreno muy comprometido en materia de vicios negociales.

Por supuesto, de ahora en adelante, se hace necesario que el Registrador, si no se ha cumplido el artículo 96,1 e) del Reglamento, debe suspender la inscripción, porque apareciendo del Registro el carácter oneroso de la adquisición «no se le ha justificado documentalmente» el carácter de *subvención* que el precio empleado en la misma tenía. De esta forma la calificación alcanzará ese carácter finalista que debe prevalecer sobre el literal.

RECURSO GUBERNATIVO.—REITERA LA DOCTRINA MANTENIDA EN RESOLUCIONES ANTERIORES, DE QUE SÓLO PUEDEN TENERSE EN CUENTA EN EL MISMO LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS EN TIEMPO OPORTUNO PARA LA CALIFICACIÓN. (Resolución de 15 de julio de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 3 de agosto de 1971.)

Hechos.—Resultando que promovido ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tarrasa, expediente de dominio para la inscripción en favor del poseedor don Clemente Serra Recaséns de una finca rústica, sita en término de Rubí, paraje o partida de Cova Solera, que constituye la parcela núm. 18 del polígono 13 del Catastro parcelario, con una superficie de 8 áreas, 80 centiáreas, o sea, 10.880 metros cuadrados, con fecha 27 de octubre de 1969 se dictó Auto en el que se declaró justificado el pretendido dominio, mandándose expedir testimonio para su inscripción en el Registro;

Resultando que presentado en dicha Oficina el citado documento, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del testimonio que precede por observarse los siguientes defectos: 1.º No aparecer acreditado si se ha hecho o no la notificación prevenida en la regla tercera del artículo 201 de la Ley Hipotecaria a don Agustín Calaf Fábregas a cuyo favor aparece catastrada la finca; 2.º No haberse publicado en periódico de mayor circulación de la provincia el edicto prevenido en el párrafo segundo de dicha regla tercera, pues si bien no consta el valor de dicha finca, en el expediente de comprobación de valores, tramitado en la Oficina de este Partido para la liquidación del Impuesto, aparece haberse fijado un valor de 432.000 pesetas. Se consideran tales defectos como subsanales no tomándose anotación preventiva por no solicitarse».

Resultando que, el nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que según expresamente se dice en el segundo Resultando del Auto declarativo del dominio, se dio «traslado al Ministerio fiscal, citando a los colindantes en forma legal y a los de ignorado paradero mediante publicación en el tablón de anuncios de este Juzgado y Boletín Oficial de la Provincia, convocando a las personas ignoradas a que pueda perjudicar la inscripción, mediante edictos fijados en el Ayuntamiento y Juzgado Comarcal de Rubí»; que la cuantía del expediente fue estima-

da por el Juzgado a efectos de tasas y otros devengos de orden judicial, en 25.000 ptas.; que es de importancia hacer constar que don Agustín Calaf Fábregas, a cuyo nombre figuraba catastrada la finca referida, falleció en Rubí, el 2 de octubre de 1941, según resulta de certificado de defunción unido en su momento al expediente; que el Registrador califica los defectos señalados, de subsanales, siendo así que todo proceso judicial terminado por resolución firme sólo puede ser atacado por la vía del recurso de revisión; que dejando aparte lo dicho y entrando en el fondo de la cuestión, la citación a don Agustín Calaf resulta absurda por imposible al haber fallecido por lo que, es evidente que lejos de infringirse la regla 3.^a del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, se cumplió por el Juzgado al citarse en debida forma a cuantas personas pudieran perjudicar el expediente; que en cuanto al segundo defecto, la norma valorativa de todo proceso es la que resulta de los autos y no la que a posteriori y a consecuencia de actos que caen fuera de la órbita judicial se haga a otros efectos, y como el párrafo 2.^o de la regla 3.^a del artículo 201 de la Ley Hipotecaria no exige la publicación de edictos en los casos en que la cuantía no supera las 50.000 ptas., no había por qué cumplir este requisito; y finalmente que, según reiterada doctrina del Centro directivo, los Registradores de la Propiedad calificarán los documentos judiciales atendiendo a la naturaleza del procedimiento, la competencia del órgano jurisdiccional y la congruencia del mandato, pero no podrán revisar el fundamento de las resoluciones porque ello supondría invadir la esfera privativa de atribuciones de otros funcionarios (Resoluciones de 29 de marzo de 1941, 18 de abril y 18 de diciembre de 1942, 9 de agosto de 1943, 29 de marzo y 31 de julio de 1944, 27 de noviembre de 1961 y 6 de junio de 1968);

Resultando que el Registrador informó: que aunque ahora dice el recurrente que el señor Calaf había fallecido, este extremo no figura en el testimonio del auto, en el que tampoco se dice si sus causahabientes eran o no conocidos y fueron citados en la forma procedente; que tampoco aparece del indicado testimonio el valor que judicialmente se señaló a la finca, razón por la cual tales extremos no pudieron tenerse en cuenta en la calificación; que ahora aparece una certificación del Secretario del Juzgado en la que se consigna que el señor Calaf falleció el 2 de octubre de 1941 y que el valor de la finca está fijado en 25.000 pesetas; que dicha certificación ha sido expedida el 1 de julio de 1970, es decir, casi dos meses después de ser extendida la nota calificadora, por lo que no pudo ser tenida en cuenta al poner ésta, y, por el contrario, estaba unida al expediente en el momento de la calificación, la carta de pago del impuesto de transmisiones, en la que la finca se valora en 432.000 ptas., valor aceptado por el interesado que al parecer ha pagado el impuesto correspondiente; y que, como fundamentos de derecho señalaba los artículos 18, 65 y 201, regla 3.^a de la Ley Hipotecaria, 99, 117 y 287 de su Reglamento y las Resoluciones de 3 de diciembre de 1938, 10 de enero y 10 de agosto de 1939, 9 de febrero de 1943, 18 de junio de 1960, 25 de mayo de 1962 y 14 de junio de 1965, a más de las de 31 de agosto de 1882 y 4 de marzo de 1953;

Resultando que el Juez que intervino en el procedimiento informó que, de acuerdo con las normas que regulan la calificación de los documentos judiciales, la nota de suspensión debe ser anulada dejándose sin efecto por ser contraria a

la Ley, ordenándose al Registrador proceda a dar cumplimiento a la resolución dictada;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y el Juez, y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial por no estar de acuerdo con la misma.

Doctrina.—«Considerando que es reiterada doctrina de esta Dirección General que aparece recogida en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, la de que, en el recurso gubernativo interpuesto contra calificación del Registrador sólo pueden tenerse en cuenta los documentos presentados en tiempo oportuno, que son los que pudieron ser examinados por el funcionario calificador antes de extender la correspondiente nota, y que se rechazará de plano la petición si tiene su base en documento no calificado.»

«Considerando que con el escrito inicial del recurso gubernativo se ha presentado en la Presidencia de la Audiencia de Barcelona una certificación expedida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tarrasa, de fecha 1 de julio de 1970, casi dos meses posterior a la nota de calificación recurrida —con objeto de subsanar las omisiones contenidas en el testimonio del auto firme de declaración de dominio y a las que hace referencia dicha nota— por lo que, en consecuencia, al no haber sido tenida en cuenta por el Registrador en su calificación, no pueden reputarse subsanados los defectos hasta tanto se presente junto con los demás documentos para una nueva calificación».

Considerando que por tratarse de un documento expedido por la autoridad judicial, el Registrador se ha limitado a cumplir con lo ordenado en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, examinando si reunía las formalidades extrínsecas necesarias, y por ello ha resaltado en la nota la omisión de algunos de los requisitos que para la tramitación del expediente de dominio señala el artículo 201 de la Ley Hipotecaria en su número 3.º, los cuales se han pretendido subsanar o aclarar con la posterior certificación unida al recurso, por lo que no puede decirse que haya habido extralimitación en el ejercicio de su función».

«Esta Dirección General ha acordado, con revocación del auto apelado, confirmar la nota del Registrador.»

Consideraciones críticas.

Fundamentalmente son dos los problemas que se relacionan e intentan resolver en esta Resolución y que, en el fondo, vienen a reiterar doctrina ya expuesta en otras Resoluciones de la misma Dirección. Estos dos problemas pudieran concretarse de este modo: sólo pueden ser objeto de recurso gubernativo aquellas calificaciones basadas en documentos presentados en tiempo oportuno y la calificación registral de los documentos judiciales debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

A. Documentos presentados en tiempo oportuno para su calificación.

El objeto de la calificación está constituido por el juicio que el Registrador emite ante los medios que la ley le ofrece para ello: los documentos presentados

para provocar la inscripción tanto en su carácter de principales, como de accesorios y voluntariamente presentados o solicitados por el Registrador para su mejor decisión y el contenido del Registro. Agotado el plazo de calificación que señala el artículo 97 del Reglamento Hipotecario, la presentación de cualquier documento está hecha «en tiempo inoportuno». No puede tenerse en cuenta para esa calificación, sin perjuicio de que una nueva presentación de la documentación pueda provocar una nueva calificación.

Así viene a deducirse de lo que dispone el artículo 18 de la Ley Hipotecaria al hablarnos de «por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro», que viene complementado de una forma muy general por el artículo 117 del Reglamento Hipotecario al establecer que se rechazarán de plano «las peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma» y que no viene desvirtuado por ese otro artículo del mismo Reglamento en el que se faculta a la Dirección General y al Presidente de Audiencia para pedir «que se unan al expediente... los documentos que contribuyan al mayor esclarecimiento de las peticiones formuladas», pues no hay que olvidar la última frase del mismo artículo —nos estamos refiriendo al 124 del Reglamento Hipotecario— en el que se precisa: «y cuya presentación en el Registro no fuere necesaria para la inscripción denegada o suspendida» o, lo que es lo mismo, documentos que presentados en tiempo oportuno no hubieran dado lugar a esa suspensión o denegación de la inscripción. De las muchas Resoluciones citadas en los resultandos y los considerandos de la que comentamos sólo destacaremos dos que avalan esta idea y que precisamente son unas de las que alega el Registrador en apoyo de su postura: la de 3 de diciembre de 1938 (no pueden ser objeto de recurso peticiones que se basen en documentos que no han sido calificados por el Registrador) y la de 4 de marzo de 1953 (en los recursos gubernativos deben tenerse en cuenta sólo los documentos presentados «en tiempo y forma», es decir, los que ingresaron oportunamente en el Registro y no puede discutirse sobre la base de documentos que no han sido calificados).

De los hechos se deduce que por certificación del Secretario del Juzgado fechada el día 1 de julio de 1970 (casi dos meses después de expedida la nota calificadora) en la que se consigna que el señor Calaf Fábregas, a cuyo nombre estaba catastrada la finca, falleció en octubre de 1941 y que el valor de la finca estaba fijado en 25.000 pesetas. Dicha certificación tenía por objeto subsanar las omisiones contenidas en el testimonio del auto firme de declaración de dominio y a las que hace precisamente referencia la nota calificadora. Como tal documento llega fuera de plazo, la Dirección estima correctamente que no pueden ser estimados subsanados los defectos y que solamente presentando todo ello a nueva calificación podría lograrse la misma, salvo que el Registrador —añado yo— alegue en la nueva calificación, nuevos defectos

B. Calificación registral de los documentos judiciales.

Una vez más vuelve a surgir el ámbito y competencia en los que el Registrador ha de moverse en su necesaria calificación de los documentos judiciales. En este caso se trata de «un auto judicial declarativo de dominio» dictado en un expediente de esta clase a efectos de inscribir una determinada finca.

En un trabajo mío publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario («La calificación registral: problemas». Rev. Cr. D. I. 1972, pág. 44), hacía algunos pequeños ensayos sobre la extensión y límites que la calificación registral debía ostentar frente al documento judicial que goza —decía— aparentemente de cierta dosis de protección ante la calificación, ya que ésta sólo puede concretarse a la competencia del Juzgado que dicta el acto inscribible, a la congruencia del mandato con el procedimiento, a las formalidades extrínsecas del documento y a los obstáculos que surjan del Registro, siendo ésta la doctrina que se deduce de los artículos 100 y 99 de la Ley y Reglamento, respectivamente. Aparte de defender, acertada o desafortunadamente, la posibilidad de que el Registrador llegase a la calificación de la validez o nulidad del documento judicial, pues el Registro no puede basar sus pronunciamientos sobre documentos que adolezcan del defecto de invalidez, iba recorriendo una serie de supuestos en los que la intervención en último extremo del Registrador era decisiva. Uno de estos casos era el del campo de las citaciones, notificaciones y emplazamientos. Recordaba al efecto el caso del expediente de dominio que exige, conforme al artículo 201 de la Ley Hipotecaria, la citación de determinadas personas y la convocatoria de otras. Pues bien, decía, que si del auto en que termina el procedimiento no resulta cumplido ese trámite, el Registrador en su calificación puede suspender la inscripción o inscripciones que con el mismo se pretendan.

Realmente esta afirmación estaba hecha en plan enumerativo y sin poder descender en cada caso citado a un estudio justificativo de la afirmación. Precisamente uno de los argumentos que podían haberse alegado entonces era el contenido de esta Resolución, en la que el Registrador basándose de una parte en los requisitos formales del auto y, de otra, en el contenido del Registro descubre la omisión de dos citaciones: la que debió hacerse al titular de la finca catastrada y la publicación de edictos en un periódico de mayor circulación de la provincia. Ambos defectos se consideran subsanables.

Los argumentos alegados por el Procurador que entabla el curso son diversos, pero de entre ellos cabe señalar dos: el Registrador califica los defectos señalados como *subsanables*, siendo así que todo proceso judicial que termina por resolución firme sólo puede ser atacado por la vía del recurso de revisión y que el Registrador no puede revisar el fundamento de las resoluciones porque ello supondría invadir la esfera privativa de atribuciones a otros funcionarios.

Defendí en el trabajo citado que era difícil sostener que la decisión del Registrador en su calificación, por razones de nulidad u omisión de requisitos esenciales del acto, pueda tener, en principio, el carácter de denegatoria presuponiendo que el defecto sea *insubsanable*, sino que tratándose los judiciales de actos «convalidables» (tesis sostenida por Guasp, Sáenz Jiménez y López Gamboa) deben ser calificados de subsanables. Es muy elocuente en este sentido el contenido del artículo 363 de la LEC. y, por supuesto, la solución *subsanable* que la Dirección da a esta omisión de notificaciones que el expediente de dominio tenía.

El argumento de la invasión del campo del fundamento de las resoluciones judiciales suele ser una frase muy utilizada en esta clase de recursos, en los que no se discuten las razones por las que el Juzgador ha dictado una resolución, sino defectos de forma del documento judicial o del contenido del Registro que refleja situaciones que han debido ser tenidas en cuenta por el Juez y que el Registrador

descubre en el momento supremo de la calificación. El legislador ha querido asegurarse a toda costa que el principio de la seguridad jurídica se base de una parte en esa actuación judicial que asegura el derecho y, de otra parte, en esa revisión de las formalidades del documento y del contenido del Registro, para cerciorarse que el principio de la seguridad del tráfico se apoye en actos válidos y perfectos. El contraste de criterios es lo que ha buscado el legislador y sobre esa idea se funda el principio de calificación que respeta competencias y campos de actuación.

En el presente caso se trata de averiguar si la falta de notificación y de la publicación de edictos estaba dentro del «fundamento de las resoluciones judiciales» o de las formalidades del documento o del contenido del Registro. Del artículo 201 de la Ley Hipotecaria solamente se deduce que el auto que el Juez dicte debe «declarar justificados o no los extremos solicitados en el escrito inicial» y aunque no especifique como el artículo 131 las circunstancias que ha de contener, parece de lógica jurídica «intuir» que debe reflejar justificadamente todo lo que se pide y las actuaciones realizadas para ello y no porque éstas deban ser *revisadas* por el Registrador para ver si se cumplieron bien, sino para asegurar el reflejo formal de las mismas, el respeto a los derechos que publica el Registro y el cumplimiento del principio de tracto sucesivo. Del artículo 274 del Reglamento Hipotecario se deduce implícitamente el contenido de la declaración que el Juez debe de hacer en el auto, ya que dicho artículo señala seis circunstancias que debe contener el escrito inicial y que debe recoger el Juez en su declaración. Aparte de ello el artículo 286 del mismo Reglamento —para uno de los supuestos del expediente de dominio— exige que el auto precise «la forma en que se hubieren practicado las citaciones de la regla 3.ª del artículo 201 de la misma Ley».

En todo este comentario viene a coincidir el contenido de la resolución, que considera que el Registrador se ha limitado a cumplir con lo ordenado en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, examinando si reunía las formalidades extrínsecas necesarias, y por ello ha resaltado en la nota la omisión de los requisitos que para la tramitación del expediente de dominio señala el artículo 201 de la Ley Hipotecaria en su número 3.º, los cuales se han pretendido subsanar por una posterior certificación.

De los dos defectos que el Registrador señala no encuentro muy correcto el segundo. Es decir, que en el expediente no figura la valoración de la finca, pero el Registrador acude al dato de valoración obtenido de la Oficina Liquidadora de Partido y creo que en esto, a pesar de que la Resolución da la razón al Registrador, no hubo una perfecta aplicación en el criterio calificador. La nota, a mi entender debió señalar el defecto de la falta de valoración de la finca a fin de saber si era o no preciso al publicación en periódico oficial, pero no utilizar este dato para señalar esta necesidad, dando por sentado su incumplimiento basado en una valoración fiscal. Todo ello, sin perjuicio de que este medio pueda ser utilizado tanto por el Registrador para la fijación de honorarios, como por el Juez o Presidente de la Audiencia para fijar la cuantía a fin de aplicar las tasas judiciales (Decreto de 18 de junio de 1959).

Este punto, sin embargo, es marginado por la Resolución que parece englobar

el anterior comentado con éste en su último considerando, estimando que el Registrador no se extralimitó en su función calificadora.

CALIFICACIÓN.—NO ES MATERIA DE CALIFICACIÓN Y, POR CONSIGUIENTE, NO PROCEDE TRATARLA EN EL RECURSO GUBERNATIVO, EL HECHO DE QUÉ LA COPIA PRESENTADA PARA LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL HUBIESE SIDO OBTENIDA CON PAPEL CARBÓN, SIN PERJUICIO DE LA EXISTENCIA DE INFRACCIÓN REGLAMENTARIA, CON POSIBLE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. (Resolución de 16 de julio de 1971. *Boletín Oficial del Estado* de 6 de agosto de 1971.)

Hechos.—Resultando que, en escritura otorgada en Rubí ante el notario recurrente el 10 de julio de 1969, doña Carolina Feliú Aló, mayor de edad, vecina de Barcelona, casada en régimen de separación de bienes, manifestó que sus hermanos de doble vínculo don Enrique y doña Carmen, habían fallecido respectivamente el 10 de marzo de 1962 y 11 de junio de 1963, habiendo sido declarada heredera abintestato de ambos, por auto de Juzgado de Primera Instancia de Tarrasa, de fecha 7 de marzo de 1969, por lo que, como única heredera de sus nombrados hermanos, aceptaba la herencia que consistía por cada hermano en la cuarta parte indivisa de una finca urbana, o sea, una mitad en total, y solicitaba la inscripción a su nombre.

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura obtenida mediante papel carbón y en la que figuraban algunas palabras en impresión directa sin aclaración sobre el particular, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento que procede por observarse los siguientes defectos: Primero: Aparecer extendida la copia presentada por el sistema de calco mediante papel carbón; procedimiento en el que, como afirma la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de enero de 1963, los tipos marcados por ese medio, son fácilmente borrables y sustituibles sin dejar señal externa, faltándose con ello al cuidado exigido por el artículo 152 del Reglamento de Organización y Régimen del Notariado de 2 de junio de 1944, modificado por Decreto de 22 de julio de 1967, de que tales tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble; y al decoro exigido por el artículo 247 del mismo Reglamento; Segundo: No salvarse los sobretrespados «cien», «dos», «on», y «ar». Se reputan tales defectos como subsanables, no tomándose anotación preventiva por no solicitarse».

Resultando que el Notario autorizante de la escritura extendió nueva copia mecanográfica en impresión directa, que fue inscrita, y a efectos puramente doctrinales interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, en el que alegó: que es útil para un correcto planteamiento del caso, comparar la redacción del artículo 247 del Reglamento Notarial, antes y después de la reforma de 22 de julio de 1967 y advertir que el artículo 152 se refiere a los requisitos generales del instrumento público mientras que el 247, por estar incluido en la Sección 4.^a, hace referencia, especialmente, a las copias; que el párrafo V del citado artículo 247 decía que «las copias y testimonios podrán ser manuscritos o impresos, en todo o en parte, por cualquier medio mecánico, sin otra limitación que la impuesta por la facilidad de su lectura, el decoro de su aspecto y su buena conservación por la firmeza de su tinta»; que la redacción actual de dicho párrafo

es la siguiente: «Las copias y testimonios deberán extenderse en caracteres perfectamente legibles, pudiendo escribirse a mano, a máquina o por cualquier medio de reproducción, sin otra limitación que la facilidad de su lectura, el decoro de su aspecto y su buena conservación», lo que supone un cambio sustancial que tiene en cuenta, según la Exposición de motivos, la mejora del servicio y la modernización de la actuación notarial, ajustándola a las exigencias de la época; que por tanto, está fuera de lugar, traer a colación una Resolución de la Dirección General dictada en tiempo anterior a la reforma; que considera incluidos entre los procedimientos admitidos en la reforma legal señalada, la utilización del medio de reproducción sencillo, cómodo y rápido, del papel carbón, máxime teniendo en cuenta que existen actualmente en el mercado calco como el utilizado, que no manchan y dejan una escritura tan indeleble como la conseguida por cualquier otro procedimiento; que ya antes de la reforma era ese medio utilizado por muchos compañeros y uno de ellos elevó consulta sobre el particular al Centro directivo; que posteriormente algunas publicaciones profesionales se han ocupado del particular, existiendo medios de fijar con seguridad lo escrito y papeles de calidad extraordinaria por lo que el criterio general es de aceptación de este medio de reproducción documental; que no cree que el uso del papel carbón suponga una falta de decoro en la presentación, ya que así se presentan desde hace mucho tiempo los testimonios de las sentencias y resoluciones judiciales y se estiman correctas y se inscriben en los Registros; que en cuanto a la indelebilidad, la copia presentada pasó por varias Oficinas y diversas vicisitudes y se conserva en perfecto estado; que las copias son documentos perecederos y no es tan importante como en la matriz, de la que se pueden sacar nuevas copias, el que se use tinta indeleble; que es de extrañar que el mismo funcionario que ahora se niega a inscribir, ha inscrito antes otras copias análogas, y además, aunque la calificación abarque «lo divino y lo humano», en frase de Jerónimo González, parece que no debería extenderse a esta cuestión; que no ve razón para que se admitan en el Registro copias xerográficas y se rechacen las obtenidas por medio de papel carbón; y, finalmente, que como fundamentos de derecho, citaba los artículos 65 y siguientes de la Ley Hipotecaria, 98 y 112 a 136 y demás concordantes del Reglamento Notarial y demás disposiciones de general aplicación».

Resultando que el Registrador informó: que la reforma de 1967, teniendo en cuenta los avances de la técnica que permitían obtener documentos sin empleo de tinta alguna, suprimió la expresión «tinta indeleble», lo cual no significa que los tipos o caracteres de escritura no deban serlo, ya que ello implica además el decoro de su aspecto y la buena conservación; que el artículo 152 del Reglamento Notarial es de aplicación general tanto a las matrices como a las copias; que es indudable que los tipos marcados con papel carbón son fácilmente borra- bles y sustituibles sin dejar señal exterior y además, su legibilidad va disminuyendo con el paso del tiempo; que la mezcla de palabras escritas directamente, en el texto normal carbonoso, afecta al decoro de la presentación; que la referencia al uso de este sistema de reproducción de documentos judiciales no es oportuna, pues cada uno se rige por sus propias normas; que efectivamente, de la matriz pueden sacarse nuevas copias, pero no mediante cotejo que es el procedimiento seguido judicialmente, pero no en la función calificadora; que estima improcedente la alusión a distinto criterio del informante en casos análogos, sin

perjuicio de dar las pertinentes explicaciones si se le exigieran en procedimiento adecuado; que el Notario da fe de la conformidad de la copia con su matriz en el momento de su expedición, pero esa fe no puede extenderse a la copia presentada en el Registro en la que algunas palabras pueden haber sido alteradas; y que la admisión de copias xerográficas está expresamente reconocida por el legislador que reformó los artículos 152 y 247 del Reglamento Notarial y si este procedimiento afecta a la conservación o al decoro del documento el reproche debe hacerse al autor de la reforma notarial.

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el Notario recurrente y el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial por no estar de acuerdo con la misma.

Doctrina.—«Considerando que el presente recurso, interpuesto a efectos exclusivamente doctrinales, pretende plantear la cuestión de si el Reglamento Notarial vigente ha autorizado el empleo como medio de reproducción del sistema de calco mediante papel carbón en las copias de las escrituras públicas, que pueden tener en esta forma, acceso eficaz al Registro de la Propiedad».

«Considerando que los artículos 152 y 247 del Reglamento Notarial, en su regulación vigente, han incorporado a su texto el contenido del Decreto de 8 de agosto de 1958 por el que se autoriza que los instrumentos públicos —en donde se comprenden tanto a matrices como a copias, según el artículo 144— puedan ser extendidos a mano, a máquina o por cualquier otro medio de reproducción, siempre que los tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble y no se atente al decoro de su aspecto y a su buena conservación».

«Considerando que el peligro entrevisto por el Registrador —muy justificado— de la posible sustitución sin dejar señal exterior, de los tipos marcados en la copia presentada al no tener carácter indeleble, ya había sido puesto de relieve por este Centro directivo en la Resolución de 14 de febrero de 1963, en contestación a la consulta formulada por la Junta directiva del Colegio Notarial de Burgos, y en la que declaró que la vigente legislación notarial no autoriza a los Notarios el uso de papel carbón en las máquinas de escribir, para la extensión de instrumentos públicos, y que este procedimiento implica en el orden administrativo una infracción reglamentaria que puede ser corregida en vía disciplinaria».

«Considerando que de lo expuesto aparece que no es materia de calificación ni apta para ser tratada a través de un recurso gubernativo la cuestión debatida, por cuanto el documento presentado se encuentra extendido con las formalidades de validez necesarias y no se ha denunciado en la nota de calificación ninguna alteración concreta de su contenido, sin que pueda el Registrador ampliar su función más allá de los límites establecidos en el artículo 98 del Reglamento Hipotecario, todo ello sin perjuicio de la existencia de infracción reglamentaria por parte del fedatario, con sus posibles consecuencias disciplinarias».

«Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado que revoca la nota del Registrador».

Consideraciones críticas

Plantea el presente recurso, entablado a efectos puramente doctrinales, pues el Notario plegándose a las exigencias del Registrador extendió una nueva copia

«mecanografiada», si la copia hecha en papel carbón puede ser elemento calificable. El prestigio alcanzado por la función calificadora, siendo el fiel guardián que sólo admite a inscripción los actos que son perfectos y que es revisado superiormente por la Dirección General de los Registros y del Notariado inclinando balanzas justamente en favor de los criterios calificadores, en general, se ve nublado a veces por minuciosidades sin trascendencia y, sobre todo, como en este caso «poco jurídicas». Creo —y ya lo he dicho en otra ocasión— que la distinción que el legislador nos brinda al ofrecernos esta facultad calificadora supone elevar nuestra función a la categoría de juristas por encima de la de funcionarios. Ese momento decisivo en el cual el Registrador decide la protección registral de un derecho, sólo puede ser de verdad importante si se desliza por el campo de lo jurídico, pues cuando descendamos a la minimización de comas y puntos, renglones, métodos reproductivos y demás actuaciones materiales del instrumento, nos saldremos de lo que podríamos llamar sustantivo, metiéndonos en terrenos adjetivos y dando impresión de funcionarios obsoletos en nuestros argumentos jurídico-formales.

Quiero traer aquí una vieja distinción que figuraba en un tradicional programa de oposiciones que no hace mucho la Dirección General utilizó en un considerando de una Resolución (17 abril 1970) y que ahora nos viene de la mano para encuadrar este supuesto. Me estoy refiriendo a la distinción entre defectos o faltas subsanables e insubsanables y «los defectos de los títulos que no tienen la consideración de faltas», distinción a la que había que contestar en el ya desaparecido programa de oposiciones a ingreso en el Notariado, vigente desde 1945 y que no ha vuelto a aflorar a los programas ahora en curso. Dentro de esos defectos que no tienen la consideración de faltas o de «faltas reglamentarias», como también se las denominaba, se incluían la infracción notarial de la competencia en términos municipales de otro Notario de su Distrito, la omisión del nombre y apellidos del cónyuge y la infracción de prohibiciones reglamentarias impuestas al Notario por razones de imparcialidad.

A esas faltas reglamentarias —salvo el segundo supuesto citado que hoy debe ser considerado como verdadero defecto a la vista de los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario— hay que añadir los que señalaba la Resolución de 17 de abril de 1970, ya comentada por mí en estas mismas páginas: no expresar en la descripción total del inmueble, de conformidad con el artículo 51,4 del Reglamento Hipotecario y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, la medida superficial con arreglo al sistema métrico decimal o también cuando no se describen dos de los pisos o locales en la forma exigida por la regla 3.^a del mismo artículo 51 del Reglamento, mientras que se ha realizado correctamente para el resto de los pisos del mismo inmueble.

La Dirección General ahora no dice expresamente, que la utilización del papel carbón en las máquinas de escribir para la extensión de instrumentos públicos sea una *falta reglamentaria*, pero así debemos configurarla a la vista del último considerando de esta Resolución al estimar que «no es materia de calificación ni apta para ser tratada a través de un recurso gubernativo la cuestión debatida», sin perjuicio que al funcionario que ha infringido los artículos 152 y 247 del Reglamento Notarial se le imponga la sanción disciplinaria que corresponda.

No creo que merezca profundizar más en la motivación del recto criterio de

la Dirección General, pero sí conviene apuntar que el Reglamento Notarial modificado por Decreto de 22 de julio de 1967 introdujo ciertas alteraciones en la redacción de los artículos 144, 152 y 247 del mismo, aparte de otros muchos, incorporando a los mismos el contenido del Decreto de 8 de agosto de 1958 que admitía la posibilidad del uso de máquina o cualquier otro método reproductor, siempre que los tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble.

Comentando esta modificación González Enriquez (Rev. Derecho Notarial, julio-diciembre, 1969, pág. 172) decía que la expresión anterior «por cualquier otro medio gráfico similar» se sustituye por la de «por cualquier otro medio de reproducción» que permite el acceso del instrumento público a los medios modernos de reproducción (multicopista, fotocopia, xerocopia, imprenta, etc.), y con ella consagrar reglamentariamente la tendencia, que se viene advirtiendo hace tiempo en la práctica, hacia la mecanización del quehacer notarial y la documentación en serie. Igualmente se sustituye la referencia a la «tinta indeleble» por la exigencia más comprensiva, de que los tipos resulten marcados en el papel en forma indeleble. Lo cual, decía el desaparecido Notario, en su generalidad permite suprimir, por ociosa, la anterior alusión a las cintas mecanográficas de mala calidad o debilitadas en su vigor colorante por el uso.

Igualmente podría añadirse que esa expresión rechaza el uso de papel carbón al que ya había puesto el veto la Resolución de 14 de febrero de 1963, al «no autorizar a los Notarios el uso de papel carbón en las máquinas de escribir para la extensión de los instrumentos públicos», implicando dicho procedimiento en el orden administrativo «una infracción reglamentaria que puede ser corregida en vía disciplinaria».

De todas las formas sí conviene apuntar que la Dirección General solamente resuelve uno de los defectos señalados por el Registrador en su nota, dejando en el aire si los soberraspados que se citan y que no fueron salvados por el Notario en la primitiva copia presentada a inscripción, son verdaderos defectos o suponen simples faltas reglamentarias. La razón de ello es que el recurso planteado a «efectos puramente doctrinales» sólo al uso de papel carbón se refiere, pues el Notario al expedir una nueva copia estimó que el defecto señalado en segundo lugar por el Registrador si lo era «verdadero», incluíble dentro del artículo 98 del Reglamento Hipotecario (por error la transcripción oficial del considerando de la resolución habla del artículo 99) y respetado actualmente por el Reglamento Notarial en su artículo 153 que sigue exigiendo que las adiciones, apostillas, raspaduras se salven al final, antes de la firma de los que suscriban el documento.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

1. Nulidad de adopción menos plena

(Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973)

SUMARIO: I. Planteamiento: 1. Supuesto de hecho.—2. Legislación aplicable. A. Pretensiones, conforme a ella, de los actores, con referencia a: a) La falta de pacto sobre derechos sucesorios; b) La falta de audiencia a los padres de la adoptada; c) Falta de representación de la adoptada en la escritura; d) Trascendencia de estos defectos en orden a la nulidad y a la revocación de la adopción menos plena. B. Oposición de los demandados y argumentos principales en que la fundamentan: e) La aprobación judicial convalidante de posibles vicios; f) Existencia de abandono culpable de los padres de la adoptada. Especial referencia al abandono y sus clases.—II. Las sentencias del Tribunal Supremo. Estudio sistemático de las mismas, en relación con los correlativos motivos de los recursos.—1. Recurso por quebrantamiento de forma: intrascendencia de la fortuna de la madre para determinar la situación legal de abandono.—2. Recursos por infracción de Ley. A. Recurso interpuesto por la Diputación Provincial de Vizcaya. B. Recurso interpuesto por los cónyuges adoptantes. C. La sentencia del Tribunal Supremo. D. Estudio de los motivos de ambos recursos y de la sentencia que los decide, en cuanto se refieren a: a) La revocación de la adopción en relación con el abandono de la adoptada y la supuesta culpabilidad de sus padres (art. 175 del C. c.); b) La nulidad de la adopción derivada de la falta de consentimiento y audiencia de los padres de la adoptada (art. 176 del C. c. en su aspecto sustantivo o de fondo); c) La nulidad de la adopción menos plena por defectos formales en la tramitación del expediente y en la escritura pública (art. 176 del C. c. en su aspecto formal).

I. PLANTEAMIENTO

1. *Supuesto de hecho.*

Los hechos que motivaron estas sentencias, que integran la escasa jurisprudencia existente sobre la adopción (de lo cual debemos congratularnos, pues demuestra el éxito de la institución), tal como parecen desprenderse del conjunto de ambas sentencias, son los siguientes:

Una pareja plenamente adulta mantenía relaciones amorosas, prestando él servicios de labrador en la hacienda de los padres de ella, quienes las desaprobaban (y hasta parece se oponían a tales relaciones), fruto de las cuales fue quedar la novia encinta hacia el mes de septiembre de 1965, hecho que fue comunicado a su padre y a un hermano por el novio.

Sin tener en cuenta que los novios habían comenzado sus relaciones con la idea de contraer matrimonio una vez hubiera cesado la oposición familiar, la familia de la novia, al tener noticia del embarazo, internó a ésta, en tiempo oportuno, en una clínica de Bilbao, donde, siendo adormecida en el acto del parto, dio a luz una niña el día 2 de mayo de 1966, que inmediatamente fue ingresada por una tercera persona en el Instituto de Maternología y Puericultura de Vizcaya como hija de padres desconocidos, sin que los padres hicieran manifestación alguna favorable a dicho abandono o ingreso en el Establecimiento benéfico, el cual, a su vez, entregó cuatro días más tarde, esto es el 6 de mayo de 1966, la niña en acogimiento a un matrimonio, en tanto se tramitaba su adopción, cuyo expediente se inició el 4 de febrero de 1967 y finalizó con el otorgamiento de la escritura de adopción menos plena el 15 de marzo siguiente, causando la debida constancia en el Registro del estado civil.

Los padres de la criatura contrajeron matrimonio el 2 de marzo de 1967 (no se dice si habiendo cesado la oposición familiar o a pesar de subsistir ésta), personándose acto seguido en la Maternidad a fin de reclamar a su hija, sin que fuera atendida su petición y ni siquiera se les informara de que se encontraba en tramitación el expediente de adopción, cuya escritura se otorgó, como queda dicho, el 15 de marzo de 1967, o sea, trece días después del matrimonio de los padres y de que éstos efectuaran su pretensión en la Maternidad.

Ante el fracaso de su petición para que les fuese entregada su hija, los padres formularon querrela criminal, que, tramitada por el Juzgado núm. 1 de Bilao, dio por resultado la identificación de su hija como expósita número 21.893, inscrita el 10 de mayo de 1966 en el Registro Civil con los nombres de María-Inmaculada E. M. y adoptada en forma menos plena por los cónyuges demandados, apelados y recurrentes en este caso, don T. B. P. y doña N. A. D., previo expediente tramitado por el Instituto de Maternología y Puericultura de la Diputación Provincial de Vizcaya, conforme a lo dispuesto en la Ley de 24 de abril de 1958, aunque sin haber oído en el mismo a los padres de la adoptada, que eran conocidos por la Administración del Centro benéfico.

Los padres, una vez que hubieron identificado a su hija, la reconocieron como hija natural en sendos testamentos otorgados en Bilbao el 4 de octubre de 1968, de los que se practicó la oportuna anotación marginal en el acta de nacimiento, quedando así la niña legitimada por subsiguiente matrimonio de los padres, quienes promovieron demanda contra la Diputación Provincial de Vizcaya, los adoptantes y el Ministerio Fiscal, solicitando se declarase la nulidad de la adopción menos plena efectuada y, subsidiariamente, su rescisión por falta o inobservancia de los siguientes requisitos:

Falta de pacto de derechos sucesorios, omisión inconcebible por tratarse de adopción menos plena; que no se oyó a los padres, que eran conocidos

y habían manifestado reiteradamente sus deseos de recuperar a su hija; la escritura ha sido autorizada sin comparecer el administrador o director del Instituto de Maternología y Puericultura, ni persona que ostentase su representación como representante legal de la adoptada.

A la demanda se opusieron los adoptantes y la Diputación Provincial de Vizcaya, negando, en principio, la paternidad de la adoptada (es decir, que los actores fuesen sus padres) y aduciendo además que en el procedimiento de adopción se habían observado todos los trámites legales, así como que existió abandono culpable por parte de sus padres.

El Ministerio Fiscal, en el trámite de conclusiones, interesó se declarase la validez de la adopción, no procediendo su revocación al no concurrir el requisito del Código civil de falta de culpabilidad en el abandono y por medio de otrosí hacía constar que para el supuesto de que se entendiera nula la adopción, le fuese pasado, en su día, el expediente.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Bilbao, desestimó totalmente la demanda y declaró válida la adopción menos plena. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos revocó la sentencia del Juzgado y declaró la nulidad de la adopción menos plena. Contra esta sentencia se formularon tres recursos; de ellos, dos por los adoptantes (uno, por quebrantamiento de forma y otro por infracción de ley), y el tercero por la Diputación Provincial de Vizcaya por infracción de ley, todos los cuales fueron resueltos desfavorablemente por el Tribunal Supremo, que declaró no haber lugar a los mismos.

2. *Legislación aplicable.*

No cabe duda alguna de que está constituida por los artículos 172 a 180 del Código civil en la redacción de la Ley de 24 de abril de 1958, vigente en el momento de realizarse la adopción cuya nulidad se pretendió y declaró por el Tribunal Supremo. De entre tales preceptos, el fundamental, porque en base al mismo se decidió el pleito, es el artículo 176, párrafo segundo, concretamente en su inciso que impone la audiencia de los más próximos parientes del adoptando (en este caso, sus padres) si fueren conocidos (como lo eran, en efecto, por la Maternidad), en relación con el párrafo final del mismo que categóricamente sanciona con la nulidad el incumplimiento de tal requisito.

El texto legal es el siguiente: "Si el adoptado estuviese sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado si tuviere suficiente juicio y a sus más próximos parientes si fueren conocidos. El expediente se elevará al Juez, quien en el plazo de ocho días, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan.

"Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos."

Es, por tanto, conforme a estas disposiciones y no con referencia a la legalidad actualmente vigente, constituida por la Ley de 4 de julio de 1970, como deben interpretarse las pretensiones de las partes.

A. PRETENSIONES, CONFORME A ELLA, DE LOS ACTORES

Los demandantes, padres por naturaleza (a quienes, en lo sucesivo, para abreviar llamaremos simplemente padres) de la niña que fue entregada en la Casa de Maternidad por un tercero y dada en adopción menos plena, ejercitaron demanda de juicio ordinario de mayor cuantía (pertinente conforme al artículo 483, núm. 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, por versar sobre el estado civil y condición de las personas, razón por la que también es parte el Ministerio Fiscal) al objeto de que se declarase “la inexistencia o en otro caso la nulidad y subsidiariamente la rescisión de la adopción menos plena de la hija de los demandantes”.

Aparece aquí claramente delimitado el objeto del pleito: 1) declaración de inexistencia o nulidad, que se equiparan; 2) subsidiariamente la rescisión de la adopción.

Aunque son ya notorias las diferencias que separan la inexistencia de la nulidad de los negocios jurídicos, como en sus efectos se asemejan, parece no hay inconveniente mayor ni debe merecer crítica negativa, al amparo de un tecnicismo quizá en exceso depurado para la vida práctica del foro, el que se hayan utilizado ambos términos como sinónimos. La trascendencia puede ser importante en algún caso, sin embargo. Piénsese en adopción con escritura falsa o falsificada totalmente (caso de inexistencia), en el que debe restablecerse completamente la situación jurídica preexistente a favor del adoptado, mientras que en los supuestos de nulidad no siempre ocurre así y hasta no faltan legislaciones y decisiones judiciales que estimen que una vez homologada la adopción por el Tribunal no cabe ejercitar acciones de nulidad, sino sólo de inexistencia (v. gr.: artículo 1.756 del B. G. B. y sentencia del Tribunal de Montpellier de 9 de mayo de 1882, a la que se muestran favorables Colin y Capitant). En el caso comentado, el artículo 176 parece dar a entender que se trata de una acción de nulidad, siendo este precepto una aplicación especial de la regla general contenida en el artículo 4.º del propio Código civil.

Distinta claramente de la nulidad es la *revocación* de la adopción, que se regulaba en el artículo 175 del Código civil conforme a la redacción de 1958, al que corresponde el actual artículo 177 con notables modificaciones, que no es el caso analizar ahora. Los demandantes no emplean este término, que es el legal, sino el de “rescisión”. A diferencia de lo dicho anteriormente para la inexistencia y la nulidad, parece que esta confusión debe merecer ligeros reparos, ya que el término “rescisión” viene tradicionalmente reservándose para aquellos actos o negocios jurídicos que, válidamente celebrados, ocasionan un perjuicio *económico* injusto a una de las partes, esto es, destruyen el equilibrio patrimonial objetivo que el Derecho considera debe existir con carácter mínimo, y esta esencia patrimonial o valoración pecuniaria está ausente (o, al menos, debe estarlo) en la adopción. El fundamento de la rescisión está en el perjuicio económico sufrido inmerecidamente, razón por la cual esta acción es subsidiaria, mientras que la revocación descansa en un cambio de voluntad de la persona que ejercita una potestad reconocida y tutelada por la ley, con independencia o a pesar de que no exista perjuicio económico o lesión patrimonial.

El empleo del término “rescisión” por los demandantes puede ser debido a su afán de dejar sentado bien claramente el carácter subsidiario de la acción, extremo muy conveniente para ellos, pues mientras para el éxito de la acción de nulidad basta con probar el incumplimiento de un requisito legal (en este caso, la falta de audiencia a los padres en el expediente), lo que se presenta fácil, en la supuesta “rescisión” tienen los demandantes la carga de la prueba de que no hubo abandono (hecho negativo, al que se opone la entrega aun hecha por un tercero en la Casa de Maternidad y el registro como expósito de la criatura) o deben acreditar suficientemente su falta total de culpabilidad en el mismo y su buena conducta a partir de éste, lo que tampoco resulta demasiado fácil dada la rigurosidad —falta total de culpabilidad— del texto legal, aparte de someterse, en todo caso, aun verificada la prueba satisfactoriamente, a la apreciación judicial, ya que, en definitiva, “el Juez ponderará los motivos alegados... resolviendo lo que estime más conveniente para éste” (el adoptado).

Este rigor y, en última instancia, el arbitrio judicial que consagra este precepto no debe extrañar. En punto a la revocación de la adopción el Derecho ha recorrido un camino de vaivén. El Derecho romano autorizaba ampliamente la revocación de la adopción, como manifestación de las facultades del pater familias. El Código francés de 1804 no contenía referencia a las posibles causas de revocación ni establecía un principio general, por lo que la doctrina de la época y el Consejo de Estado la consideraron como irrevocable. Este criterio, sin embargo, no fue seguido por la generalidad de las legislaciones del siglo pasado que, de acuerdo con la concepción contractual de la adopción, admitieron la revocación fundada en la autonomía de la voluntad de las partes y manifestada por su mutuo disenso, favorecida por la desconfianza con que se miraba a la institución (recuérdese que sólo de modo casual se incluyó en nuestro Código civil). Hoy día vuelve a predominar el principio de la irrevocabilidad, y las legislaciones que establecen excepciones al mismo las basan en el deseo de obtener por su mediación un control más eficaz, favorecer al adoptado, reparar excesos o posibles errores cometidos. Se podrían clasificar las legislaciones, según los supuestos, en alguno de los siguientes grupos:

1.º *Revocación contractual o por mutuo disenso.*—Legislaciones de Alemania, Argentina, Austria, Japón, Méjico, Bulgaria, Brasil, Dinamarca, Chile, Finlandia, Islandia, Suiza, Venezuela, Yugoslavia y El Salvador, si bien el tipo contractual puro sólo se encuentra en Austria y Brasil.

2.º *Revocación legal,* cuando la propia ley establece que en los casos particulares que señala o cuando concurren determinadas circunstancias la adopción cesa de pleno derecho. Tal sucede en las legislaciones de Alemania, Argentina, Colombia, Costa Rica, Grecia, Guatemala, Islandia, Panamá, Rumania, Suiza, Italia y el proyecto portugués.

3.º *Revocación judicial,* que se diferencia de la anterior en que la extinción de la adopción no se produce de pleno derecho, sino en virtud de la decisión de un órgano competente, por regla general el mismo al que compete la homologación. Se encuentra en las legislaciones de Alemania, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá (Quebec), Checoslovaquia, Chile, Ecuador, Francia, Grecia,

Guatemala, Holanda, Hungría, Islandia, Italia, Japón, Méjico, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, El Salvador, Suecia, Turquía, Uruguay y los Estados australianos de Victoria y Australia Meridional.

4.º Una variedad de la anterior es la *revocación administrativa*, así llamada porque la facultad de revocar se atribuye a un órgano administrativo, que por regla general es el tutelar, como sucede en la mayoría de los países con régimen comunista (U. R. S. S., Rumania, Hungría, etc.), o bien a la suprema autoridad ministerial, como en Islandia, donde es competente el Ministro de Justicia, o en el Estado australiano de Queensland, donde corresponde al Gobernador.

5.º La *revocación unilateral* es la que se decreta a instancia de una sola de las partes, adoptante o adoptado; establecida con mayor amplitud para este último, se encuentra en la mayoría de las legislaciones, como la nuestra, que no exigen la voluntad de ambas partes para revocar la adopción.

Resulta evidente que las legislaciones siguen criterios mixtos y debe advertirse que todas ellas se encuentran en continua evolución, aprovechando los datos de la experiencia.

Su pretensión la fundamentan los actores en que la adopción adolece de los siguientes defectos: falta de pacto de derechos sucesorios; que no se oyó a los padres, que eran conocidos y habían manifestado reiteradamente sus deseos de recuperar a su hija; y que la escritura ha sido autorizada sin comparecer el administrador o director del Instituto de Maternología y Puericultura, ni persona que ostentase su representación como representante legal de la adoptada. En cambio, no hacen descansar su pretensión en que la niña no había sido abandonada por sus padres o que éstos tenían falta total de culpabilidad en ese abandono, antes bien evitan cuidadosamente referirse en lo posible, a lo largo del pleito, a tal situación que, por otra parte, parecen dar por supuesta al manifestar su deseo de "recuperar" a su hija, pues nadie recupera lo que antes no ha perdido... por voluntad propia, al menos en cierto modo (conducta pasiva, negligencia culpable). Es posible que en este deseo, quizá algo tardío, según argumentan los demandados y luego veremos, de recuperar a la hija influyera el haber contraído matrimonio, de manera decisiva (razón por la cual no plantearon seriamente la cuestión hasta ese momento) y también la edad de la madre, junto con la probabilidad de no tener más hijos, ya que se encuentra una alusión en el motivo primero del recurso de la Diputación a que la edad de la madre era aproximadamente de treinta y ocho años al ocurrir los hechos. Sea lo que fuere, los demandantes no se refieren al abandono, por lo que el Fiscal informará que no procede la revocación, situación de la que pretenderán sacar ventaja los demandados. Veamos sumariamente los fundamentos que aducen los actores.

1) La falta de pacto de derechos sucesorios puede ayudar a su pretensión en el sentido de significar un posible perjuicio para el adoptado (no corregible completamente por el testamento, dada la revocabilidad de éste), pero en manera alguna ser razón decisiva. Es cierto que la casi totalidad de las adopciones menos plenas acostumbraban contener este pacto (prohibido a partir de la reforma de 1970) y lo contenían, desde luego, todas las adopciones que

he tenido a la vista de acogidos en Centros benéficos, en cuyo expediente y aprobación judicial se hace de la misma presupuesto o condición básica de la adopción aprobada, hasta al punto que en expedientes tramitados bajo la legislación vigente se contenía asimismo, por haberse convertido en "cláusula de estilo" y recogiendo la misma la aprobación del Juez, sin tener en cuenta la reforma operada en este punto. La omisión de tal pacto es un indicio de la prisa con que se tramitó el expediente de adopción, comenzado a instruir el cuatro de febrero y otorgándose la escritura el quince de marzo siguiente. en ciudad tan populosa como Bilbao, lo que dice mucho en favor de la diligencia de los funcionarios, si bien tal celeridad parece algo sospechosa, ya que no suele ser corriente.

Si, como resulta de las actuaciones y argumentan los propios demandados, la madre se encontraba en excelente y desahogada posición económica, indudablemente entraña un perjuicio material para la adoptada una adopción menos plena sin pacto sucesorio. Estamos, pues, por todo lo apuntado y consideraciones semejantes que pudieran hacerse, ante un hecho que coadyuva al éxito de la pretensión de los padres, pero que, por sí solo, no es trascendente.

En cambio, sí es trascendental hasta el punto de constituir el fundamento de la sentencia de la Audiencia, confirmada por la del Supremo, la falta de audiencia a los padres, en el expediente de adopción, una vez comprobado que la Maternidad los conocía. Incluso parece que los padres plantearon formalmente y de manera inequívoca, no su oposición a la adopción (puesto que la desconocían), pero sí el deseo o la voluntad claros y rotundos de recuperar a su hija en la Maternidad, antes de que se aprobase la adopción. Esto así, el Centro debió retrotraer el expediente al trámite correspondiente para que en el mismo pudiera oírse a los padres, como más próximos parientes. Si esto se hubiere realizado y, a pesar de la oposición de los padres o de la voluntad manifestada por éstos de recuperar a su hija, el Juez hubiera aprobado la adopción, para lo que desde luego le facultaba el artículo 176, párrafo segundo, del Código civil, la adopción hubiera sido firme e inatacable en este aspecto, precisamente el que sirvió para anularla. No haberlo hecho así, parece revelar un acuerdo inicial de la Administración del Establecimiento benéfico con los adoptantes (disculpable por la escasez de niños para adoptar) y quizá con la familia de la madre. Queda desdibujada en el pleito la persona que materialmente llevó la niña el mismo día en que nació a la Maternidad. Habría sido interesante saber los vínculos o relaciones que la unían con los protagonistas de esta historia, así como si su actividad fue remunerada en algún sentido. Sea lo que fuere, lo cierto es que la proximidad del parto (2 de mayo) a la entrega de la niña en la Maternidad el mismo día, y, a su vez, la entrega por ésta a los que habrían de ser sus adoptantes cuatro días más tarde (el 6 de mayo) son indicios de que todo se encontraba perfectamente planeado. Incluso no parece pueda quedar completamente descartada una posible mala fe por parte de la persona que movió los hilos en el Instituto de Maternología, la cual alcanzaría a la persona jurídica si se admite la tesis de la imputabilidad a ésta de los actos ilícitos (civiles o penales) realizados por sus órganos o representantes. La cuestión ha sido controvertida y no está, ni mucho menos, completamente decidida. Un resumen de la misma nos dice que en el Derecho

romano, aunque los textos no son del todo claros, parece predominar la tesis negativa: "societas delinquere non potest", mientras que el Derecho germánico admitió la responsabilidad de la persona moral. El Derecho canónico llega también a admitirla, por influencia germánica, solución que predomina a partir de BARTOLO. Las legislaciones modernas marcaron dos tendencias: la contraria a la responsabilidad por actos ilícitos de las personas morales, que puede simbolizarse en el aforismo del antiguo Derecho inglés "a Corporation is not indictable at all, though its individual members have", y la positiva, seguida hoy generalmente, incluso por el propio Derecho inglés, a partir de la Interpretation Act de 1889.

En la doctrina moderna también se advierten discrepancias. Rechazan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas fundados en que no hay pena sin culpabilidad y ésta no puede atribuirse psicológicamente al ente moral, o en consideraciones análogas, Beling y Ernest Hafter. Son más numerosos, sin embargo, los partidarios de la plena capacidad de las personas morales para cometer actos ilícitos y ser objeto de las penas correspondientes a su carácter (disolución forzosa, embargo de bienes, multas), pudiendo citarse a Liszt, Bar, Prins, Richier, Michoud y Gierke. Y no faltan, por último, quienes adoptan criterios intermedios: así, Hippel y Binding admiten la aplicación de ciertas medidas especiales, inspiradas en la necesaria defensa de la comunidad, más preventivas que represivas; Mezger acepta que pueden sufrir sanciones y penas por consideraciones prácticas, pero niega su capacidad para delinquir; y otros limitan las posibles sanciones a las de carácter civil y administrativo, como Jellinek y Goldschmidt. A partir del II Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Bucarest el año 1928, se advierte un criterio mucho más favorable a la plena capacidad, incluso delictiva, de las personas jurídicas. En nuestras leyes tenemos abundantes ejemplos de esta responsabilidad, en diversos grados, desde el artículo 1.903 del Código civil, el 216 del Código de Justicia Militar, y numerosas leyes especiales (de Expropiación forzosa, de Régimen jurídico de la Administración del Estado) que, comenzando tímidamente y estableciendo sólo la responsabilidad con carácter subsidiario, van ampliando ésta hasta llegar a comprender incluso la responsabilidad objetiva (v. gr.: leyes sobre circulación y uso de vehículos de motor).

La conclusión pudiera ser que, aun reconociendo que sólo es propio sujeto activo del hecho ilícito la persona física, en ciertas y determinadas circunstancias no repugna se considere puedan serlo las corporaciones o personas jurídicas (delitos corporativos). En estos casos puede existir un doble tipo de sanciones: las aplicables a la persona física, representante de la persona moral, y las aplicables a esta última, ambas adecuadas a su respectiva naturaleza.

Un tercer defecto apuntan los actores, consistente en que la escritura de adopción ha sido autorizada sin comparecer el administrador o director del Instituto de Maternología y Puericultura, ni persona que ostentase su representación como representante legal de la adoptada.

Suponiendo que la escritura de adopción hubiera sido otorgada compareciendo únicamente los adoptantes de la recién nacida, no parece que ello implique vicio de nulidad, ya que el artículo 177 del Código civil entonces vi-

gente no impone tal sanción, ni siquiera menciona las personas que deben concurrir a otorgar la escritura, extremo que deja a la legislación notarial, por la que se rige, pues, el otorgamiento de la escritura, conforme a los artículos 1.217 del Código civil y 143 del Reglamento notarial. El Código civil no determina quiénes han de otorgar la escritura pública, sino que, por el contrario, el artículo 176 se cuida de puntualizar que el consentimiento de las personas a que el mismo se refiere *se manifestará a la presencia judicial*. Incumbe, por tanto, al Notario decidir, en consonancia con el caso planteado y la redacción de la escritura, quiénes habrán de comparecer y en qué concepto para otorgar la escritura, “en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas”, haciendo constar “que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate” (artículo 167 del Reglamento notarial). Resulta así derogado el artículo 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual habrían de intervenir en la escritura el adoptante, el padre o la madre del adoptado y éste si fuere mayor de catorce años.

B. OPOSICIÓN DE LOS DEMANDADOS: LA APROBACIÓN JUDICIAL CONVALIDANTE Y EL POSIBLE ABANDONO CULPABLE DE LOS PADRES

El matrimonio adoptante y la Administración del Establecimiento dependiente de la Diputación Provincial de Vizcaya se oponen a la demanda insistiendo fundamentalmente en dos aspectos: uno, que la actuación de los órganos y funcionarios, especialmente el órgano judicial, con su múltiple calificación en el expediente de adopción, favorable a la misma, descartan la existencia de cualquier irregularidad, la cual, de haber existido, quedaría subsanada por la “definitiva” aprobación judicial; el otro, la existencia de abandono culpable por los padres.

Respecto al primer fundamento de su oposición a la demanda, hacen hincapié en que se cumplió la correspondiente tramitación del expediente regularmente, con el informe o dictamen favorable del Ministerio Fiscal, la aprobación definitiva por el Juez de primera instancia, la calificación notarial y registral favorables que determinaron, respectivamente, el otorgamiento de la escritura pública y la constancia en el Registro civil. Así se dice: “... Llegó, pues, a inscribirse la adopción realizada tras haber pasado por el quintuple tamiz que suponen el expediente del Instituto, la audiencia del Ministerio Fiscal, la aprobación del Juez de primera instancia, la censura notarial y la calificación del Registro.”

Realmente, dichas así las cosas, parecen tener cierta fuerza las alegaciones de los demandados. ¿No va a servir para nada ese múltiple control? A pesar del mismo, ¿quedará cualquier adopción sujeta a los avatares de una posible impugnación? ¿Qué seguridad pueden tener los adoptantes?

La cuestión es grave, pues en el fondo está en juego la confianza en la institución por los adoptantes, lo que equivale a decir su éxito y, por consecuencia, el interés de los adoptados. Decir a cualquier adoptante que aun después de inscrita la adopción en el Registro civil queda expuesto a cualquier

reclamación de los padres del adoptado, que se verá en el caso de seguir un pleito, significa que desistirá de la adopción proyectada. Es por ello que algunas legislaciones, como la Ley alemana de 12 de abril de 1938, establecieron que “por la confirmación firme se subsana la inobservancia de alguna formalidad establecida para la adopción”.

Ahora bien, si nos fijamos, este no es el caso del presente pleito. Aquí se trata de que el primer acto en la cadena de los que integran la adopción, el expediente instruido por el propio Instituto, somete al informe fiscal y posterior aprobación judicial una adopción sobre bases inexactas, no ajustadas a la realidad, ya que parece desprenderse del expediente ser desconocidos los padres —sobre cuya base se informó favorablemente por el Ministerio Fiscal y se aprobó por el Juez—, siendo así que la realidad era muy otra: el Instituto de Maternidad conocía la identidad de los padres; más aún, conocía la voluntad —el deseo dice la sentencia— de los padres de recuperar a su hija, manifestado antes de estar concluso el expediente. Parece que precisamente por ello no se les dio audiencia, a fin de evitar la constancia en el expediente de su oposición.

De aquí resulta que tanto al informe Fiscal como a la aprobación judicial y a la calificación notarial les falta el conocimiento íntegro y exacto de las verdaderas dimensiones en que aparecía planteada la adopción. Para subsanar algo hay previamente que conocer los vicios de que adolece y que se van a convalidar, lo que no ocurre aquí. En ausencia del presupuesto, no puede darse la consecuencia.

Queda por ver si la protección de la buena fe, caso de que existiera (lo que en este caso aparece como dudosa), o del interés de los adoptantes merece una protección jurídica tan fuerte que, por sí sola, sea bastante para mantener una adopción en la que los adoptantes actuaron sin conocer los posibles vicios o defectos formales. Aunque podría distinguirse, a estos efectos, entre vicios de fondo y de procedimiento, en general creo puede responderse negativamente, por una razón fundamental: que la “ratio legis” de la adopción no es la protección del interés de los adoptantes, sino la protección del interés del adoptado.

Descartado que los demandados tengan verdadero apoyo en el primer motivo de su oposición a la demanda, veamos el segundo, consistente en su alegación de que existe abandono culpable de los padres. El argumento tiene, en realidad, poca consistencia, ya que el abandono culpable impide sólo la revocación de la adopción a instancia de los padres, pero no es obstáculo, al menos en principio, para que se declare la nulidad de la adopción. Sin embargo, como este punto, en relación con la denegación de prueba, motivó el recurso por quebrantamiento de forma y se recoge también como argumento en el de infracción de ley, conviene detenerse en su análisis. Adelantaré que, a mi juicio y según lo que resulta de las actuaciones, no parece que haya existido abandono, porque: 1) los padres no firmaron escrito alguno relativo o demostrativo de su voluntad de abandonar; 2) la entrega de la niña se hizo por un tercero, de donde tampoco cabe deducir voluntad tácita de los padres en ese sentido; 3) por el contrario, los padres reclamaron a la hija antes de ser adoptada; 4) desde que nació la niña y se depositó en la Maternidad hasta

que se entregó en custodia o acogimiento a quienes luego serían sus adoptantes, no transcurrió el plazo mínimo requerido por los Reglamentos de los Institutos de Maternidad para entender abandonada a la criatura que, en todo caso, es de seis meses, y que ha recogido el artículo 174 del Código civil en la reforma de la Ley de 4 de julio de 1970.

La tesis de ambas partes demandadas es que existe abandono, porque desde el nacimiento de su hija hasta el reconocimiento de la misma por los padres pasaron más de dos años, "lo que indica a todas luces una desidia y falta de interés notorios". Y aún se insiste, en el sentido de que "si doña... (la madre) tuvo una hija y la abandonó, lo hizo de manera total y absolutamente culpable, y si tal criatura es, hija de ella y de don ... (el padre), la culpabilidad alcanzaría a ambos, porque del relato de la demanda se deduciría que, aparte de su aptitud para el trabajo, poseía doña ... (la madre) dinero suficiente para ingresar en una de las clínicas de más categoría de Bilbao, permanecer en ella un prolongado plazo y pagar de su peculio la cuenta". A esta argumentación va a contestar la sentencia, con toda razón, que los bienes o fortuna del presunto padre carecen de trascendencia para determinar si existe o no la situación de abandono y si éste es culpable o inculpable.

Además, parece confundirse por los demandados el abandono con la exposición y, dentro del propio abandono, el abandono simple, que no requiere calificativos y que por sí solo posibilita la adopción, con el abandono cualificado culpablemente, que es el único con trascendencia para impedir la revocación de la adopción, porque entienden, a mi juicio erróneamente, que sólo el niño que ha sido abandonado *culpablemente* por los padres puede ser adoptado. Como en este punto existen algunas imprecisiones a las que ha querido poner remedio la reforma de 1970, parece aconsejable exponerlo con algún detalle.

La primera cuestión—y ello aunque se utilice cada vez menos el término de "expósito" y semejantes—es determinar si las expresiones "abandonado" y "expósito" son sinónimas o diferentes y, de resultar esto último, precisar en qué consiste la diferencia.

A mi juicio, no cabe duda que se trata de conceptos distintos, aunque el legislador les conceda el mismo tratamiento y en cierto modo los asimile a los efectos de autorizar la adopción plena de quienes se encuentren en cualquiera de dichas situaciones. Una cosa es la exposición y otra muy distinta el abandono, aun cuando en nuestro Derecho no siempre se hayan diferenciado claramente.

De entre los precedentes históricos merecen citarse los siguientes textos: la ley 1.^a del título IV, libro IV, del Fuero Juzgo establece que "si algún omne tomar el ninno o la ninna echada, é lo criar, é los padres le conocieren despues: si los padres son omnes libres, den un siervo por el fiio o el precio. E si lo non quisieren fazer, el iuez de la tierra los deve fazer redemir el fiio que echaron; e los padres deven ser echados por siempre de la tierra. E si non ovieren de que lo puedan redemir, aquel que lo hechó sea siervo por él. Y este pecado o quier que sea fecho en toda la tierra, el iuez lo deve acusar é penar". El título correspondiente lleva la rúbrica en romance "IV. Título de los ninnos echados", correspondiente a la latina "IV. Titulus de expo-

sitis infantibus”, de donde resulta que emplea las palabras “echar”, “echados” como sinónimas de los actuales términos “exponer” y “expósitos”. El Fuero Real (libro IV, título XIII, ley 1.^a) determina que “si algún niño o otro de mayor edad fuese desechado por su padre o por otro, sabiéndolo él, e consintiendo su padre, no haya más poder en él, ni en sus bienes, ni en vida ni en muerte; y esto mesmo sea de madre o de otro cualquier que lo habie en poder”. La Partida 4.^a, título XX (De los criados que ome cria en su casa, maguer non sean sus fijos), ley 4.^a (De los niños que son *echados* a las puertas de las iglesias, e de los otros lugares, é de como los padres, é los senores que los echaron, non los pueden demandar despues que fueren criados), contiene las expresiones “echar” y “desamparar” o sus derivados, aunque parece emplearlas en sentido idéntico: “Verguença ó crueldad, ó maldad mueue a las vegadas al padre ó a la madre en *desamparar* los hijos pequeños, *echándolos* a las puertas de las iglesias, e de los ospitales, e de los otros lugares... E porende dezimos, que si el padre ó la madre demandare a tal fijo o fija después de lo á *echado*, e lo quiere tornar en su poder, que lo non puede fazer...”; glosando Gregorio López el término “echándolos”, “isti expositi dicuntur...”, considerando este hecho como causa de extinción de la patria potestad (“... quod si pater consensit expositioni perdat patriam potestatem”). En la Novísima Recopilación encontramos ya el término “expósito” que se utiliza constantemente en las cinco leyes que integran el título XXXVII del libro VII: De los expósitos; y de las casas para su crianza, educación y destino. Tales leyes hablan de “niños expósitos y desamparados”, niños expósitos y huérfanos”, “los de la doctrina, desamparados y hospicios”, “criaturas abandonadas”, etc. Por su parte, la Ley de 23 de enero y 6 de febrero de 1822, conocida también por Decreto de las Cortes de 21 de diciembre de 1821, relativa al Establecimiento General de Beneficencia, parece distinguir entre niños *expósitos*, cuyo concepto da por supuesto, y los niños *absolutamente desamparados*, que define como “aquellos que habiendo sido *abandonados* por sus padres, o quedando *huérfanos* de padre y madre, no hubiesen sido recogidos por ningún pariente o persona extraña, con propósito de cuidar de su crianza” (art. 57). La Ley de 20 de junio de 1849, que reorganiza la Beneficencia, distingue entre casas de maternidad y de expósitos, por una parte, y casas de huérfanos y desamparados, por otra (art. 3.^o). Y el Real Decreto de 14 de mayo de 1852, que aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley anterior, diferencia claramente las *casas de expósitos*, en las que se reciben los niños que nacieron en la Maternidad, si su padre determinasen dejarlos a cargo del Establecimiento, y todos los que fuesen *expuestos* o entregados a mano, de las *casas de huérfanos y desamparados*, que tienen por objeto la crianza de los niños procedentes de las casas de expósitos desde los dos años hasta los doce, así como los abandonados que ingresen después de la edad de dos años.

De todo esto, parece deducirse que el término más amplio es el de “desamparado”, y que la exposición viene a ser una especie del desamparo o abandono. Por ello, teniendo en cuenta las diversas formas en que éste se puede realizar, sería factible establecer la siguiente distinción:

1. *Abandono cualificado o punible*, castigado por el Código Penal (Título XII, capítulo III), que supone por parte del sujeto dolo o voluntad de abandonar con dolo eventual de muerte, pues se pone en peligro la vida de la criatura abandonada.

2. *Abandono no punible*:

A) Abandono simple o exposición, que entraña el deseo e intención de abandonar, pero sin poner en peligro la vida del menor.

B) *Abandono involuntario*, que tiene lugar cuando no existe la intención de abandonar, sino que el abandono surge por causa ajena a la voluntad del agente (catástrofe, guerra, etc.).

C) *Abandono indirecto*, cuando no existiendo intención inicial de realizar el abandono, surge la misma posteriormente, por omisión del deber de información o por falta de interés sobre el menor.

Además, por su forma, puede distinguirse entre:

a) *Abandono legal o expreso*, cuando el padre o la madre declaran su intención de abandonar al hijo.

b) *Abandono de hecho o presunto*, que resulta de la conducta del padre o de la madre o, en general, de la persona a cuyo cargo se encuentra el menor. Especie suya es el llamado "abandono moral".

Argumentos favorables a estas distinciones o a otras análogas se encuentran en los artículos 487 a 489 y 584, núm. 14 y 15, del Código Penal, 175 (antiguo) y 174 (actual) del Código civil, y las disposiciones generales y especiales sobre Beneficencia.

Analizando los hechos que concurren en el presente caso, el ánimo se inclina a opinar que no existió por parte de los padres un abandono de su hija que llegase a implicar pérdida de la patria potestad y de la facultad de reclamarla. El plazo de dos años y cinco meses transcurrido desde el nacimiento hasta el reconocimiento por ellos de su hija en el testamento, no parece excesivo si se tienen en cuenta las circunstancias que mediaron hasta ese momento. Parece, por tanto, que no debe ser acogida la oposición de los demandados fundada en el abandono culpable, ni debe ser trascendente la fortuna de la madre a estos efectos. No parece, sin embargo, que fuera este el punto de vista del Ministerio Fiscal, ya que en uno de los "resultandos" se nos dice que el mismo interesó, en el trámite de conclusiones, que se declarara la validez de la adopción, no procediendo su revocación al no concurrir el requisito del Código civil de falta de culpabilidad en el abandono, y por medio de otrosí hacía constar que para el supuesto de que se entendiera nula la adopción, le fuese pasado en su día el expediente.

Quizá bajo la influencia de este dictamen, el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada su sentencia, la Audiencia declaró la nulidad de la adopción, revocando la sentencia del Juzgado.

Habría sido de gran interés tener a mano las sentencias del Juzgado y de la Audiencia. Al no ser esto posible, hemos de conformarnos con lo que de ellas pueda deducirse a través de los recursos de casación formulados por los demandados y la sentencia del Tribunal Supremo.

II. ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACION CON LOS MOTIVOS DE LOS RECURSOS

Contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos, que declara la nulidad de la adopción por no haber sido oídos en el expediente los padres por naturaleza de la adoptada, que eran conocidos por la Administración del establecimiento benéfico, se formularon tres recursos, de ellos, dos por los adoptantes (uno por quebrantamiento de forma y otro por infracción de ley), y uno por la Diputación Provincial de Vizcaya, también por infracción de ley. La Sala 1.^a de lo Civil del Tribunal Supremo, en sentencia de fechas 22 de junio de 1972 y 28 de mayo de 1973, de las que fueron ponentes, respectivamente, los Magistrados don Emilio Aguado González y don Antonio Peral García, declara no haber lugar a ninguno de los recursos interpuestos.

A efectos de obtener una mayor claridad expositiva y evitar reiteraciones, se analiza en primer lugar el recurso por quebrantamiento de forma interpuesto por los adoptantes y en segundo término los dos recursos sobre el fondo, interpuestos por los adoptantes y por la Diputación provincial de Vizcaya, agrupando los motivos y fundamentos de la sentencia afines entre sí.

1. *Recurso por quebrantamiento de forma.*

Los adoptantes basan este recurso en que interesaba en la primera instancia del pleito la prueba pericial consistente en que por un solo perito agente de la propiedad inmobiliaria y previo examen de las fincas de que resultare ser propietaria la actora, doña ... (madre de la adoptada), se haga constar el valor de todas y cada una de las fincas. La contraparte estimó impertinente esta prueba, por no ofrecer resultado alguno útil y eficaz para la decisión del pleito, tesis compartida por el Juzgado al decretar su inadmisión mediante auto confirmado por el de la Audiencia, que declaró no haber lugar al recurso de reposición contra la decisión del Juzgado. Reiterada la práctica de esta prueba en segunda instancia, volvió a ser denegada por la Audiencia, sin que prosperase tampoco el recurso de súplica interpuesto contra la anterior decisión. Alega la parte recurrente que resulta factor determinante de primer orden a efectos de calificar la exposición y abandono de la niña, conocer cuáles eran y qué valor tenían los bienes de la pretendida madre en el momento del abandono o exposición de la criatura.

El Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 22 de junio de 1972, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado Martínez, desestima el recurso fundándose en las siguientes consideraciones:

1.º La exégesis del artículo 1.693, núm. 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dispone este precepto que "habrá" lugar al recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio para los efectos del número 2.º del artículo 1.961: "... 5.º. Por denegación de cualquiera diligencia de prueba admisible, según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión". De donde resulta que se precisan dos requisitos: uno, que la prueba sea admisible, según las leyes, los que obliga a fijarse principalmente

en el artículo 566 de la Ley procesal, según el que los jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden a lo establecido en el artículo anterior, o sea, las que no se concreten a los hechos fijados definitivamente en los escritos fundamentales del juicio, o que no hayan sido confesados llanamente por la parte a quien perjudiquen, así como las pruebas que sean, a su juicio, impertinentes o inútiles; otro, el que la falta de la prueba *pertinente* haya podido producir indefensión, lo que ocurriría cuando la inadmisión de la prueba impida a la parte que la haya propuesto acreditar un hecho alegado que tenga trascendencia para el desarrollo de la litis.

2.º La calificación que de esa prueba hicieron los juzgadores de instancia.

El Juzgado manifestó que nadie había discutido el caudal de la madre y, por tanto, la diligencia era inútil; la Audiencia se limitó a no admitirla en la segunda instancia, si bien en el considerando once se dice textualmente: "Por consiguiente, la adopción, si existe eficazmente, permanecerá irrevocable, ya que la falta de culpabilidad de los impugnantes no es absoluta, cual exige la ley".

3.º La valoración que hace el propio Tribunal Supremo de las circunstancias concurrentes y de la propia formulación del recurso.

Se señalan así las siguientes circunstancias objetivas por las que el recurso ha de ser desestimado:

a) No se indica que el precepto infringido es el artículo 566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

b) No se discute en el pleito el estado de fortuna de la supuesta madre.

c) En la hipótesis de la parte demandante—esto es, según los hechos expuestos por ella—no sería ésta responsable del abandono, sino que éste fue obra de un tercero.

d) La indefensión no se produce al negar la admisión de la prueba, ya que según el considerando once de la sentencia de la Audiencia, antes parcialmente transcrito, la adopción quedaría subsistente de no proceder su inexistencia por causas que determinan la nulidad. Quiere con ello decir la Audiencia que, desde luego, no procede la revocación de la adopción, puesto que no se ha acreditado la falta total de culpabilidad en el abandono por parte de los padres, como exige el antiguo artículo 175, núm. 1.º, del Código civil para dar lugar a ella. Que procede, en cambio, la nulidad de la adopción por no haber oído a los padres en el expediente. Y que, como es lógico, de no haber procedido la nulidad por este motivo apuntado, la adopción sería firme e irrevocable.

De aquí podemos extraer las siguientes consecuencias:

1.ª Que si bien cabe establecer una presunción de voluntariedad e incluso de culpabilidad, en mayor o menor grado, en el abandono cuando éste es obra de la madre, no ocurre lo mismo cuando lo realiza un tercero, supuesto en el que hay que comenzar por establecer y probar la relación existente entre esa persona y la madre de la criatura abandonada.

2.ª La culpabilidad en el abandono es trascendente para la revocación de la adopción, pero es intrascendente cuando lo que se ventila es su nulidad.

Esto ya no aparece tan claro si ponemos en relación el actual artículo 177,

número 2.º, con los tres últimos párrafos del artículo 173 y el párrafo final del artículo 174, todos ellos del Código civil en la redacción dada por la Ley de 4 de julio de 1970. Parece que la última reforma ha querido reforzar la estabilidad de la adopción, ya que, además, la carga de la prueba corresponde a los padres, quienes deben probar que su falta de intervención o audiencia en el expediente de adopción fue por causa no imputable a ellos.

3.ª Los bienes o la fortuna de los presuntos padres carecen de importancia para determinar si existe o no la situación de abandono y si éste es culpable o inculpable.

Esto es así realmente, ya que si bien es cierto que la penuria económica puede ser atenuante del abandono, también puede serlo la gran posición social (v. gr.: evitar el escándalo). Y, en definitiva, una cosa es el abandono de la criatura sin datos que revelen su filiación (apartado a) del artículo 174 actual) y otra muy distinta la entrega consignando datos e interesándose por la criatura. Ligar a circunstancias puramente extrínsecas y materiales consecuencias de otro orden muy distinto, carecería de fundamento razonable.

2. Recurso por infracción de ley.

Además del recurso por quebrantamiento de forma, interpuesto por los cónyuges adoptantes, se formularon contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos otros dos recursos, relativos al fondo del asunto, uno por la Diputación Provincial de Vizcaya y otro por los adoptantes.

A. RECURSO INTERPUESTO POR LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE VIZCAYA.

El recurso de la Diputación comprende siete motivos. Los dos primeros insisten sobre la irrevocabilidad de la adopción, citando el artículo 175 del Código civil como infringido, en relación con la falta total de culpabilidad de los padres en el abandono, que estima el recurrente no existe (hay abandono culpable). Los motivos tercero y cuarto centran ya más la cuestión, pues se fundamentan en violación e interpretación errónea del artículo 176 del Código civil, relativo a la nulidad (y no a la revocación) de la adopción, en relación con la falta de consentimiento y de audiencia de los padres de la adoptada en el expediente de adopción instruido por la Maternidad; y los tres últimos motivos se refieren a aspectos formales del expediente y de la escritura que coadyuvaron para que la Audiencia declarase la nulidad de la adopción, como son la instrucción y firma del expediente por funcionario de la Maternidad que estaba dado de baja por enfermedad, y la falta de comparecencia del representante de la Maternidad en el otorgamiento de la escritura pública.

B. RECURSO INTERPUESTO POR LOS CÓNYUGES ADOPANTES.

A su vez, el recurso elevado por los cónyuges adoptantes al conocimiento de nuestro más alto tribunal, se articula en seis motivos, de los cuales el primero y el sexto se refieren a la falta de consentimiento y audiencia de los padres de la adoptada, definiendo qué tipo de conocimiento sea el requerido por el artículo 176 del Código civil a los efectos de oír a tales progenitores

o a los más próximos parientes de la adoptada; el motivo tercero estima infringido por violación el artículo 175, núm. 1.º, del Código civil, en cuanto el mismo exige para posibilitar la revocación de la adopción acreditar suficientemente la falta total de culpabilidad en el abandono, lo que el recurrente estima no existe en el presente caso; y los restantes motivos, segundo, cuarto y quinto, hacen referencia a la nulidad de la adopción por defectos formales, ya sea relativos al título de la adopción (motivos cuarto y quinto), ya concretamente a la escritura (motivo segundo), ocupándose también en cierto modo y parcialmente de este aspecto, en cuanto a la competencia del funcionario administrativo que instruyó el expediente, el antes citado motivo primero de este recurso.

C. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

El Tribunal Supremo, en los seis considerandos de que consta la sentencia de que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar a los recursos de casación por infracción de ley interpuestos por las representaciones de la Diputación Provincial de Vizcaya y de los cónyuges adoptantes, contra la sentencia dictada el veintiuno de diciembre de mil novecientos setenta y uno por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, condenando a los recurrentes al pago de las costas de sus respectivos recursos.

La Sala 1.ª de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo no entra por igual, como es lógico, en el estudio de los diversos motivos de ambos recursos, algunos de los cuales (como los motivos primero, tercero y quinto del recurso interpuesto por la Diputación) desestima por defectos formales en su interposición, resolviendo en un mismo considerando acerca de los motivos de ambos recursos. Así, después del considerando primero, que tiene cierto carácter general y, aunque relativo principalmente al conocimiento que acerca de los padres de la adoptada tenía el Centro de Maternidad, pretende centrar la cuestión objeto de pleito, el considerando segundo decide sobre los motivos cuarto y quinto del recurso de los adoptantes, relativos al título de la adopción, el considerando tercero desestima por defectos formales en su proposición los motivos primero, tercero y quinto del recurso de la Diputación, el considerando cuarto resuelve los motivos segundo y cuarto del recurso de la Diputación y las cuestiones de los motivos primero, tercero y sexto del recurso de los adoptantes, el considerando quinto se refiere a los motivos sexto y séptimo del recurso de la Diputación y al motivo segundo de los adoptantes, y el considerando final o sexto se ocupa de los fundamentos alegados por los cónyuges adoptantes en el motivo cuarto de su recurso, que así mismo toca, según se dijo, el considerando segundo.

Por todo ello y a fin de evitar repeticiones, según antes se dijo, parece indicado estudiar las cuestiones debatidas en el pleito agrupándolas según traten de la revocación de la adopción en relación con el abandono culpable por parte de los padres de la adoptada (art. 175 del Código civil), de la nulidad de la adopción derivada de la falta del consentimiento y audiencia de los padres de la adoptada (aspecto sustantivo del art. 176 del Código civil) y, finalmente, de la nulidad de esta adopción menos plena por defectos for-

males en la tramitación del expediente y en la escritura (aspecto formal del artículo 176 del Código civil). En cada uno de estos tres apartados, a los que pueden reconducirse, sin gran esfuerzo, los problemas planteados, estudiaremos tanto los motivos de los recursos interpuestos por la Diputación y por los adoptantes en la parte que los mismos hagan a ellos referencia, como los considerandos o la parte de ellos en los que la sentencia del Tribunal Supremo decida estos mismos puntos.

a) *La revocación de la adopción en relación con el abandono de la adoptada y la supuesta culpabilidad de los padres de ésta en el mismo.*

A ello se refieren los motivos primero y segundo del recurso de la Diputación y el motivo tercero del recurso interpuesto por los adoptantes, que el Tribunal Supremo resuelve, a su vez, en el considerando tercero (desestimatorio del citado motivo primero del recurso de la Diputación por defecto formal en su formulación) y en el cuarto de la sentencia, que decide sobre los otros dos motivos de ambos recursos (segundo de la Diputación y tercero de los adoptantes).

La Diputación comienza su recurso con el siguiente motivo: "PRIMERO.—Al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; error de derecho por violación del artículo 175 del Código civil, según resulta de las pruebas y que demuestran la evidente equivocación del juzgador".

Todo el motivo insiste en la irrevocabilidad de la adopción teniendo en cuenta que no se acreditó la falta total de la culpabilidad de los padres en el abandono. La culpabilidad la deduce de tener el padre veintiocho años y cerca de treinta y ocho años la madre, cuando ocurrieron los hechos, y ser personas de normal constitución física y psíquica, poseer bienes suficientes, poder contraer matrimonio antes del parto, buscar la madre el apoyo de su hermano para con su ayuda realizar el abandono, el mantenimiento de las relaciones en todo momento por los padres y que al día siguiente del parto la madre consistió en el abandono y manifestó sus deseos de no conocer a la recién nacida. Y añade el recurrente que no puede decirse, como hace la sentencia recurrida, que el consentimiento estuvo viciado por supuesta presión de la voluntad del padre de doña ... (la madre), esto es, del abuelo materno de la niña abandonada, ya que el temor respetuoso a que se refiere la sentencia recurrida ni es antijurídico ni engendra un mal inminente.

Però esta exposición choca con los hechos que en la sentencia de instancia se dan como probados, y, además, la sentencia recurrida no declara la revocación, sino la nulidad de la adopción. El Tribunal Supremo rechaza este motivo en su considerando tercero, por defecto formal: "... el recurso..., intenta combatir las premisas de hecho en las que se apoya la sentencia recurrida, en varios motivos, sin tener en cuenta que ellos no están ajustados a la técnica procesal, y así el motivo primero... denuncia un "error de derecho" por violación del artículo 175 del Código civil... sin advertir que este precepto no contiene norma alguna valoratoria de prueba, por lo que nunca puede acusar un error de derecho".

El segundo motivo de su recurso lo deduce la Diputación "en interna consonancia con el anterior". Dice así: SEGUNDO.—Al amparo del número 1.º

del artículo 1.692 de la L.E.C.; infracción de ley por aplicación indebida del artículo 4.º del Código civil en relación con la violación del artículo 175 del mismo Cuerpo legal, en su redacción dada por la Ley de 24 de abril de 1958”.

La sentencia recurrida, se dice literalmente en este motivo, aplica el párrafo 1.º del artículo 4.º del Código civil y declara la nulidad de la adopción, por considerar que la falta de consentimiento de los padres al abandono o exposición permite la revocación de la adopción, contra lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 175 del mismo Código: la adopción es irrevocable; por lo tanto viola este precepto y aplica indebidamente el primer artículo citado. No puede declararse nulo lo que es irrevocable según la Ley y si se quiere extinguir la adopción se deben contemplar los supuestos que señala el artículo 175, concretamente la falta de culpa total de los padres en el abandono o exposición. La sentencia recurrida, se añade, valora los actos de los padres bajo una supuesta falta de consentimiento, por existir vicios que lo invalidan, trata de buscar una equivalencia con la intimidación como vicio del consentimiento según las normas de aplicación en materia de contratación, pero esta tesis es desacertada porque la intimidación (artículo 1.267 del Código civil) supone un temor racional y fundado a sufrir un mal inminente y grave en la persona o en los bienes; señalar la desheredación como tal causa de intimidación no encaja en tal supuesto, pues tal acto está previsto en los artículos 848 y 853 del Código civil. Además, el asentimiento al abandono ha sido continuo e inequívoco. E insiste, reproduciendo lo dicho en el motivo primero del recurso, en que existe culpa en el abandono, cualquiera que sea la graduación que quiera dársele; lo que no existe es exención total de la culpa en el abandono o exposición y de ahí que aparezca infringido el artículo 175, sin que pueda declararse la nulidad de la adopción que debe permanecer irrevocable, por lo que se aplica indebidamente el artículo 4.º de dicho Código.

Por su parte, los adoptantes argumentan en el motivo tercero de su recurso del siguiente modo: “TERCERO.—Autorizado por el número 1.º del artículo 1.692 de la L.E.C.; la sentencia recurrida infringe por violación el número 1.º del artículo 175 del Código civil, al admitir la legitimación de los padres naturales de la adoptada para impugnar la adopción legalmente realizada, según la reforma de la Ley de 24 de abril de 1958”. Entienden que el criterio de esta Ley, reflejado en su exposición de motivos, es el de que, al decir el artículo 175, las personas que “podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor”, la legitimación parece extenderse a toda clase de acciones impugnatorias de la adopción, y en su virtud sería exigible la falta de culpabilidad de los padres naturales, incluso para el ejercicio de las acciones de nulidad. También se refiere a que las condiciones en que se encontraba la madre excluye la existencia de intimidación o temor reverencial. Y pasa luego a tratar de la revocación del depósito de la niña por la madre: “la sentencia aduce como primer motivo de nulidad de la adopción la revocación del depósito de la recién nacida manifestada expresamente por sus padres; en los considerandos quince y dieciséis se alude a esta supuesta causa de nulidad, exponiendo cómo la depositada fue retenida contra la voluntad de sus padres, a los que les ocultó su paradero...” e “invoca la revocación del depósito por los padres naturales culpables del mismo como

causa de extinción de la adopción, aunque de forma inexacta lo configure como motivo de nulidad, con lo cual aparece clara y patente la infracción por violación del artículo 175, núm. 1.º, que se aduce en el presente motivo”.

El Tribunal Supremo, para desestimar estos motivos de ambos recursos, manifiesta, en su considerando cuarto, “que al no haber sido combatidos eficazmente los hechos básicos de la sentencia recurrida, es evidente que han de ser totalmente respetados, por lo que se hace necesario partir de ellos...”. Y al haber sido rechazados los hechos alegados por los recurrentes, lógicamente han de decaer los motivos en que se fundamentan, “tanto más, cuanto que esa culpabilidad que en relación con el abandono... se fundamenta—el motivo—resulta totalmente ineficaz, ya que no sólo constituye supuesto de hecho totalmente contrario al sentado por la Sala sentenciadora, sino que, lo real y verdaderamente importante es que la sentencia que se recurre decreta la nulidad de la adopción, no como derivación del caso contemplado en el artículo 175 del Código civil, que sanciona con la “extinción” de aquélla, sino al amparo del artículo 176, que según la redacción impuesta por la Ley de 24 de abril de 1958, contiene una sanción expresa de nulidad para el incumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo, y como es esta “nulidad” la que se declara en el fallo impugnado, es obvio que dada la falta de audiencia de los más próximos parientes del adoptado en el expediente, exigida en aquél, al no haberse desvirtuado esta afirmación de hecho, se hacen inviables aquellos motivos”.

De este apartado, estableciendo una relación entre lo que se dice en los motivos del recurso, lo que se lee en la sentencia y lo que permite adivinarse o desprenderse de ambos, aún no manifestado claramente, parece que el padre de la actora logró, valiéndose de cierta coacción (amenaza de desheredarla, por ejemplo), obtener cierto consentimiento (desde luego no expreso) o no oposición inicial de ésta para que la niña recién nacida se depositase en la Maternidad, cuando todavía la madre se encontraba bajo los efectos del parto, en el que había tenido lugar la anestesia. Sea este asentimiento previo al nacimiento de la niña o logrado inmediatamente después, lo cierto es que en el mismo falta la deliberación y libertad necesarias en la madre; sin que, por otra parte, se ponga en claro cuál fue la conducta del padre, cuya voluntad también ha de ser tenida en cuenta. Es por esto que la Audiencia valoró estos hechos bajo el prisma de la existencia de un vicio, para reducir al mínimo la culpabilidad de los padres (de la madre especialmente) en el abandono. Pero esta cuestión no interesa demasiado, ya que el fundamento de la sentencia de la audiencia y, desde luego, la “ratio decidendi” de la del Tribunal Supremo no se encuentra en ella, ni en consideraciones análogas, que sólo se expresan a mayor abundamiento, para entrever el fundamento moral del fallo. En efecto, el quicio del pleito lo constituye, no el artículo 175 (revocación), sino el artículo 176 (nulidad) del Código civil. Ahora bien, aquí puede plantearse la cuestión de que estableciendo el artículo 175 del Código civil el principio de irrevocabilidad de la adopción y autorizando sólo el mismo precepto por vía de excepción ciertos y concretos casos en que se puede pedir por distintas personas que se declare extinguida la adopción del menor o incapacitado, cómo las normas excepcionales (que en este caso lo serían las

que permiten esa extinción) han de interpretarse restrictivamente y como, al fin y al cabo, la nulidad origina también una *extinción* de la *apariencia* creada por la adopción que se anula, no cabe que al amparo de causas de nulidad se amplíen los casos excepcionales de extinción de la adopción hasta dejar casi desvirtuado el principio de que “la adopción es irrevocable”. Y, por otra parte, si se admite una causa de nulidad de la adopción, el ejercicio de la acción habrá de ajustarse a los requisitos del artículo 175; en el caso que nos ocupa, como la nulidad la piden los padres que, al parecer, consintieron el abandono de la hija, deberán éstos demostrar “*su falta total de culpabilidad* en el abandono y su buena conducta a partir de éste” y esto, no tanto por la consideración anterior y las razones que aducen los recurrentes, como por la de que si toda la interpretación de las normas relativas a la adopción ha de hacerse teniendo en cuenta el interés del adoptado (lo que nadie discute hoy), no se ve cómo este interés será correctamente tutelado si comienza por entregarse la criatura a unos padres desnaturalizados, cuya perseverancia en el arrepentimiento que postulan no puede tener garantías efectivas. Estas cuestiones no llegaron a plantearse en toda su desnudez en el presente pleito; lo impidieron su manera de constituirse, las pretensiones aducidas por las partes y sus fundamentos legales y, sobre todo, la misma realidad de los hechos, a la cual no puede cerrarse los ojos ni el entendimiento. Y esta realidad es que en el presente caso no existió plena y libre voluntad de los padres en el abandono de la niña; hubo, sí, una “*apariencia*” de abandono, que el propio Establecimiento de Maternidad debió dejar sin efecto tan pronto como tuvo conocimiento de la verdadera voluntad de los padres, formada y manifestada tras madura reflexión y sin trabas de ninguna especie. Dado que, amparada en exigencias formales, no lo entendió así la Institución, escudándose tras la legalidad de un expediente instruido *por ella misma*, proceden con absoluta justicia la Audiencia y el Tribunal Supremo, cuando con base en exigencias formales del propio expediente, que no aparecen cumplidas, dejan sin efecto la adopción y declaran su nulidad. Se demuestran aquí los peligros de dejar la instrucción del expediente al cuidado del Establecimiento que es también parte interesada en la adopción. Quizá entendiéndolo así, la reforma de 1970 ha suprimido el párrafo 2.º del antiguo artículo 176 que atribuía la competencia exclusiva para tramitar el expediente al Establecimiento de beneficencia. Al haber suprimido este párrafo y manifestar el final del artículo 174 que “la situación de abandono será apreciada y declarada por el juez competente para conocer el expediente de adopción”, parece que es el propio juez quien será competente para instruir la adopción de los acogidos en Centros benéficos, cualesquiera que éstos sean.

Finalmente, no cabe duda que la revocación es distinta de la nulidad, como antes se dijo (vid. I, A), ya que, precisamente la primera supone lo contrario de la segunda, esto es, para que pueda hablarse de revocación, aun en potencia, es preciso que se parta de la existencia de algo válido y eficaz. Es un extremo que también aparece deslindado en la Ley de 1970, cuando en su exposición de motivos advierte sobre la gradación y valor del consentimiento o expresión de voluntad de aquellas personas llamadas a intervenir en la adopción: “Hay un consentimiento básico, sin el cual carecería de sentido

siquiera pensar en la adopción: el del adoptante y el del adoptado mayor de catorce años... En segundo lugar aparecen ciertas modalidades del consentimiento... que técnicamente tendrían mejor encaje quizá en la figura del asentimiento... El último grado o escala lo ocupan las personas que simplemente habrán de ser oídas...”, con la respectiva consecuencia de que en el primer caso el consentimiento no puede ser suplido por el Juez, quien “carece, como es natural, de facultades decisorias en contra del consentimiento de tales personas o ante la falta del mismo”; en el segundo, “si la citación del llamado a consentir o asentir no pudiera efectuarse o, practicada, no concurrir, el Juez resolverá lo más conveniente para el adoptando”, esto es, el Juez no puede ir *contra* el consentimiento de estas personas o su oposición, pero entra en sus facultades suplir ese consentimiento cuando no pueda manifestarse; y, por último, en el tercer escalón, “el Juez tiene plenas facultades para decidir no sólo si es imposible citar a dichas personas o si, citadas, no concurren, sino también para hacerlo en contra de un criterio de las mismas opuesto o desfavorable a la adopción”, para lo que, tratándose de padres, se requiere que hayan sido privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad. De donde claramente se advierte la diferencia entre los casos en que no se hayan manifestado tales consentimientos y los supuestos de la revocación: ambos son inasimilables.

La cuestión planteada en uno de los motivos del recurso de si es revocable el abandono efectuado en una casa de Maternidad, ha de resolverse, en principio, afirmativamente, si bien habrá de atenderse a cada caso en concreto para decidir si tal cambio de voluntad aparece como justificado. Así queda justificada la desestimación de los motivos que aducen a la revocación o abandono, debiendo pasar a ocuparnos de los que impugnan la nulidad de la adopción, declarada por la Audiencia, derivada de la falta del consentimiento y audiencia de los padres de la adoptada, esto es, con base en el artículo 176 del Código civil, así como de los fundamentos de la sentencia a ello relativos.

b) *La nulidad de la adopción derivada de la falta de consentimiento y audiencia de los padres de la adoptada.*

A este tema, básico del recurso y que constituye la “ratio decidendi” de las sentencias de la Audiencia y del Tribunal Supremo, se refieren los motivos tercero y cuarto del recurso de la Diputación y primero y sexto del interpuesto por los adoptantes, que el Tribunal Supremo decide en los considerandos primero (que tiene cierto carácter general dedicado a centrar el tema), tercero (que desestima el motivo del recurso de la Diputación por defecto formal) y cuarto (que declara no haber lugar a los motivos cuarto del recurso de la Diputación, primero y sexto del recurso de los adoptantes).

El motivo tercero del recurso de la Diputación dice así: “TERCERO.— Al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; error de derecho por interpretación errónea del artículo 1.253 del Código civil en relación con la violación del artículo 176 (redacción según la Ley de 1958) al apreciarse de las pruebas evidente equivocación del juzgador. Que la sentencia de la Audiencia considera que la niña depositada fue retenida en el Instituto de Maternología de Bilbao contra la voluntad de sus padres, a quienes se conocía

en el Centro por haber comparecido y haber manifestado su intención de recuperarla, y como en la tramitación del expediente de adopción no se dio audiencia a los padres y éstos no prestaron su consentimiento, la adopción debe declararse nula, de conformidad con el artículo 176 del Código civil, pero el Organismo Benéfico no conocía a los parientes de la expósita o abandonada ni pudo conocerlos, por tanto la Administración del Instituto no pudo oír a los parientes en el expediente de adopción y por tanto no cabe la infracción de tal requisito legal del artículo 176 del Código denunciada en la sentencia. Que respecto al conocimiento de los parientes de la menor si fueron o no conocidos por la Administración del Instituto de Maternología a los efectos de la audiencia en el expediente de adopción, la sentencia recurrida dice que hubo conocimiento, ya que fueron reiterados los intentos de recuperación de la niña, lo que revela convenientemente quiénes eran sus padres naturales, aunque no hubiera constancia formal de ellos; interpretación desafortunada a juicio del recurrente, pues el conocimiento debe nacer de actos claros e inequívocos, sobre todos los que subjetivamente se pueden apreciar de forma fehaciente y exacta. Que los actos válidos para el conocimiento que se pretende son: la querrela para localizar a la hija, la legitimación; por subsiguiente matrimonio y el reconocimiento hecho en testamento; y todos ellos son posteriores a la adopción. Que dice el penúltimo párrafo del hoy vigente artículo 174 del Código civil al hablar sobre la apreciación del abandono, que éste se entiende, si durante seis meses continuos, el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se interesan por él de modo efectivo mediante actos que demuestren la voluntad de existencia, la mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo, es decir, que la ley da valor a los actos efectivos de los parientes, no a la mera petición de noticias; por tanto, no bastan unas simples visitas para demostrar ser los parientes del menor cuya adopción se pretende, porque la Administración del Instituto no está obligada a averiguar quiénes son los padres del menor. Que de una recta interpretación de los hechos y pruebas practicadas se infiere, que la Administración no conocía a los parientes de la menor, y por tanto, al no haber oído en el expediente a quienes se dicen son sus padres, no existe el vicio de nulidad denunciado que considera la sentencia recurrida.”

La sentencia del Tribunal Supremo rechaza este motivo en su “considerando” tercero, por defectuosa formulación: “... asimismo, el motivo tercero del propio recurso —de la Diputación— denuncia también por el mismo «concepto» (error de derecho en la apreciación de las pruebas), la interpretación errónea del artículo 1.253, y ello amparado en el núm. 7.º del 1.692 ya citado, olvidando que es reiteradísima doctrina de esta Sala, en el sentido de que el artículo mencionado no puede invocarse en casación más que a través del número 1.º del 1.692 —Sentencias de 25 de marzo de 1958 y 30 de septiembre y 19 de noviembre de 1971—, cosa que no se ha hecho.”

El motivo cuarto del recurso de la Diputación dice así:

“CUARTO.—Al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; infracción por aplicación indebida del artículo 4.º, párrafo 1.º, del Código civil, en relación con la violación del artículo 176 del mismo (redacción ley de 1958) y principio «ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus»,

así como la doctrina jurisprudencial que la consagra. Que declara la sentencia recurrida existe una causa de nulidad de la adopción de que se trata, por aplicación del artículo 4.º, párrafo 1.º, del Código civil, al ir contra lo dispuesto en el artículo 176 del mismo Código, en el párrafo de este último que se refiere a la audiencia de los parientes conocidos de la adoptada y necesidad de su consentimiento. Que la sentencia de la Audiencia de Burgos requiere que la adopción debe ser consentida por los padres de la menor y que éstos no fueron oídos al respecto en el expediente tramitado por la Administración del Instituto de Maternología. Como tal actuación provoca el vicio de nulidad de la adopción, se ha de examinar la legalidad o ilegalidad de los actos del órgano administrativo; hay que partir de la base de un hecho indubitado, cual es la exposición o abandono; esto se realiza por una persona distinta de quienes se dicen padres de la menor, a quien la madre encarga el abandono de su hija; nada se dice a la depositante y para ella es un secreto profesional en relación sobre quiénes son o pueden ser los padres de la menor; la ocultación de la maternidad hace que incluso se retiren los signos identificadores (ropas de la niña), por ello surge la ocultación de la paternidad y maternidad, fiel reflejo de esto es la inscripción de nacimiento que se hace sin contar la filiación de la menor depositada. Que ante tal situación, la Administración del Instituto inicia el expediente; la falta de audiencia de los padres en el expediente de adopción se debe a la falta de conocimiento que de ellos tuvo la Administración Benéfica. Que la sentencia recurrida declara la nulidad de la adopción por considerar que la falta de audiencia equivale a la falta de consentimiento paterno o materno que no ha sido otorgado en el expediente de adopción. Que la sentencia trata de distinguir donde la Ley no lo hace, el artículo 176, de cuya infracción se trata, no requiere el consentimiento, sino conocer simplemente la opinión de los parientes sobre la adopción que se tramita; en el caso de que los padres hubieran consentido, nada extraño tendría que la Administración del Instituto diese su consentimiento y considerase oportuna la adopción, pese a la disconformidad de los padres. Que la Administración valora siempre la conveniencia de la adopción, pero el consentimiento de los parientes ni es vinculante, ni es necesario, por que la Ley no lo exige y donde la Ley no distingue no debemos hacerlo; consecuentemente no procede declarar la nulidad de la adopción, puesto que no hay una infracción del proceso administrativo por falta de audiencia de los parientes, el consentimiento no es necesario porque la Ley no lo exige, y por tanto, se dan las infracciones legales señaladas en este motivo."

Por su parte, los motivos 1.º y 6.º del recurso interpuesto por los adoptantes manifiestan las siguientes razones:

"PRIMERO.—Autorizado por el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; la sentencia recurrida infringe por violación el artículo 176, apartados 2.º y 3.º del Código civil, en cuanto invoca y aduce causas de nulidad del expediente de adopción menos plena no incluidas entre las taxativamente establecidas por tal precepto, según la Ley de 24 de abril de 1958. Que hace referencia el recurrente a lo expuesto por el Legislador en la exposición de motivos de esta Ley, quien con interpretación auténtica expone la finalidad perseguida por la reforma del instituto de la adopción; preocupación prefe-

rente fue en la Ley de 1958 la de los niños abandonados por su padres naturales, que no supieron o no quisieron afrontar los deberes de la paternidad, prefiriendo dejar a sus hijos en manos extrañas; la reforma pretende dotar a la adopción «de la mayor estabilidad» y si bien concede a los padres naturales la posibilidad de su impugnación, sólo les atribuye legitimación para ello si acreditan su total falta de culpabilidad, situación que la Ley califica de infrecuente. Que el artículo 176, después de la reforma de 1958, establece un procedimiento especial para tramitar la adopción de los abandonados por sus padres naturales en un establecimiento de beneficencia; consta la tramitación de dos etapas claramente diferenciadas: la primera etapa de matiz predominantemente instructivo por parte del establecimiento público, en la que éste recoge los datos y certificaciones haciendo las comprobaciones necesarias; la segunda etapa, en la aprobación judicial de la adopción con la audiencia previa del Ministerio Fiscal; una vez emitido el acto judicial de la aprobación, la adopción surge como vínculo jurídico, de aquí que el artículo 176, en su último párrafo, afirme que será nula la adopción en que no se cumplan estos requisitos; es el conjunto de estos requisitos del expediente en unión de la aprobación judicial lo que hace nacer la adopción, siquiera sea necesaria consignarla en escritura pública con el fin de que pueda ser inscrita en el Registro Civil; los requisitos del expediente, cuya falta puede dar lugar a su nulidad esencial, son los anteriormente señalados y no cualesquiera otros diferentes. Que en aplicación a este caso particular se ha de considerar que sin conocimiento oficial, en la institución, de los padres naturales u otros parientes próximos, el 4 de febrero de 1967 se inicia el expediente de adopción menos plena a solicitud de los recurrentes, a cuyo expediente se aportan las certificaciones; figura a continuación la resolución del Jefe de Administración del Instituto, en el que con citación de las partes solicitantes y de la adoptada, no pudiéndose citar a sus parientes naturales por carecer de ellos o ignorar su existencia (folio 198), la Administración entiende que es conveniente la adopción, y a tal fin concede la autorización necesaria; se eleva el expediente al Juzgado de Primera Instancia número seis de Bilbao, que con fecha 8 de marzo de 1967 dicta auto con audiencia del Ministerio Fiscal, y encontrando cumplidos los requisitos legales, aprueba el expediente de adopción menos plena de la expósita... solicitada por los recurrentes, ordenando el otorgamiento de escritura pública una vez que el auto haya adquirido firmeza (folio doscientos). Que ni el expediente administrativo, ni el auto judicial, firme con la autoridad de cosa juzgada material por no haber sido recurrido en tiempo y forma, ha sido objeto de impugnación en la demanda ni de petición de declaración de nulidad, ni sobre ellos se ha pronunciado la sentencia recurrida. Que como fundamento del fallo en que se declara la nulidad de la adopción menos plena, la sentencia recurrida señala como defectos formales del expediente los siguientes: a) en el considerando diez y seis se invoca una primera causa de nulidad, la revocación del depósito por sus padres naturales, habiendo sido la depositada retenida contra la voluntad de sus progenitores a los que se omitió su paradero (considerandos quince y diez y seis); b) la falta de audiencia de los padres naturales de la adoptada «sobradamente conocidos por la Administración» (considerando diez y ocho); c) instrucción del expediente adminis-

trativo por funcionario incompetente (considerando veintiuno). Que impugna el recurrente las pretendidas causas de nulidad del expediente administrativo; la primera de ellas indicada en el apartado a) concierne a la supuesta revocación del depósito de la adoptada, por sus padres naturales, que trasciende a la revocación de la adopción, nada tiene que ver con la acción de nulidad al amparo del artículo 176, pues es tema diferente al cumplimiento de los requisitos formales en el expediente. Que la sentencia «a quo» vierte graves acusaciones contra la Administración del Instituto refiriéndose a una actitud imprudente, temeraria o culposa, al entregar la recién nacida a sus padres adoptivos a los cuatro días del nacimiento, no diciéndole a la supuesta madre natural dónde se encontraba su hija; aparte de lo inoportuno de tales calificativos, respecto a la Administración de un Organismo público que se limitó a cumplir con su Reglamento según confirmó el Ministerio Fiscal y el Juzgado en sus respectivas intervenciones, es lo cierto que por estas causas se siguió un sumario que concluyó por sobreseimiento; por otro lado habría sido una conducta más impropia o irresponsable entre los Administradores de la Institución acceder a peticiones o ruegos de personas que no acreditaran suficientemente su parentesco. Que en la relación con la causa de nulidad expresada anteriormente en el apartado c) por supuesta incompetencia del funcionario instructor, tampoco puede encuadrarse entre las que taxativamente señala el párrafo segundo del artículo 176, únicas que es posible amparar en tal precepto; en todo caso se trataría de un supuesto de anulabilidad del expediente, y los actores no solamente no han ejercitado la acción de anulabilidad, sino que ni siquiera han alegado este hecho como causa de nulidad; siendo rogado el procedimiento civil es impropio, la estimación de oficio por el Tribunal «a quo» de una causa de anulabilidad que las partes no tuvieron posibilidad de impugnar; en definitiva, cabe decir que la autorización no la prestó éste o aquél funcionario, sino impersonalmente la Administración del establecimiento, como se infiere del texto de la resolución (folio 198). Queda por último la supuesta falta de audiencia de los padres naturales en el expediente de adopción, única de las causas de nulidad invocadas por el Tribunal «a quo» incluida en el apartado segundo del artículo 176 del Código civil; ciertamente el precepto se refiere a la audiencia en el expediente a sus más próximos parientes si fueren conocidos; según el Tribunal «a quo», los padres naturales de la adoptada eran sobradamente conocidos por la Administración del Instituto, pero la Sala de Instancia infiere tal conocimiento de las visitas que efectuó doña ... (la madre), afirmando que ella era la madre de la criatura, sin aducir más prueba que su propia versión de los hechos, por eso la sentencia impugnada acude al adverbio sobradamente, si tal conocimiento tuviese por base algún documento o dato indubitado no precisaría la sentencia emplear la locución sobradamente; dice el Tribunal «a quo» (considerando diez y ocho) que el conocimiento es un elemento subjetivo que resulta de datos objetivos y en este caso existió, ya que los reiterados intentos de recuperación de la niña revelaron convenientemente quiénes eran sus padres naturales, aunque no hubiera constancia formal de ellos; se trata, en suma, del conocimiento de un hecho esencial en la vida y en la filiación de un expósito cual es el de la paternidad natural, deducido de simples manifestaciones o reclamaciones no respaldadas por ninguna prueba

concreta. Que son interesantes las alegaciones, absolutamente objetivas, que el Ministerio Fiscal formula en su escrito de conclusiones (folio 507 de los autos), que recoge el recurrente, y termina afirmando que se han cumplido todos los requisitos exigidos por el párrafo segundo del artículo 176 del Código civil, y al no entenderlo así la sentencia recurrida invocando causas de nulidad no reconocidas por dicho precepto incide en su violación."

En el motivo sexto de su recurso, los adoptantes insisten en la cuestión del conocimiento por el Instituto de Maternidad de los padres de la acogida en el Centro:

"SEXTO.—Autorizado por el núm. 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; la sentencia recurrida incide en error de derecho en la apreciación de la prueba documental, infringiendo por violación el párrafo 1.º del artículo 1.218 del Código civil; el presente motivo, aunque independiente, es complementario del motivo primero del recurso, en el que fue estudiado el problema del conocimiento de los padres naturales, desde un punto de vista jurídico, esto es, lo que había de entenderse por conocimiento en el caso de una institución de carácter oficial encargada de la tutela de los menores abandonados, concluyendo que aquél no podía fundarse en una mera noticia, sino en pruebas reales que acreditasen suficientemente la paternidad de quienes la elegaban ante el Establecimiento. Que, según la sentencia recurrida, el conocimiento es un elemento subjetivo que resulta de datos objetivos; en este caso el conocimiento lo deduce la sentencia de simples manifestaciones subjetivas de unas personas que no lograron respaldar con los debidos datos objetivos. Que según el recurrente no contradicen plenamente aquella deducción puramente subjetiva del Tribunal «a quo» los siguientes documentos auténticos: a) la certificación literal de la inscripción de nacimiento de la exposita ... (aquí su nombre), obrante al folio 21 de los autos aportada por los demandantes recurridos; así desde el 10 de mayo de 1966 (fecha de la inscripción) hasta el 7 de octubre de 1968 (fecha de las anotaciones marginales), la filiación natural de la niña era totalmente desconocida como dato objetivo amparado por fe y publicidad del Registro Civil. b) El testimonio del Juzgado de Instrucción número 1 de Bilbao, obrante a los folios 259 vuelto al 263, expedido a petición de los actores, sobre particulares del sumario número 189/67, del que resulta acreditado que hasta mediados de mil novecientos sesenta y siete no formularon los padres naturales una reclamación en forma de la menor, cuando ya estaba finalizado y aprobado judicialmente el expediente de adopción y otorgada la escritura pública de 15 de marzo de 1968 (sic). c) La notificación oficial del señor presidente de la Diputación de Vizcaya (folio 22) aportada de adverso como documento número cinco, comunicando a los actores el Decreto de 26 de noviembre de 1968 denegándoles la petición de vista del expediente de adopción. d) La certificación del secretario de la Diputación Provincial de Vizcaya (folio 184), acompañando fotocopia del expediente de adopción, del que se infiere la exposición de una niña sin dato alguno de filiación natural, constando en el acta resolutoria del expediente de adopción no se pudo citar a los parientes naturales, por carecer de ellos o ignorar su existencia, y el auto del Juzgado del que consta haberse observado en el expediente las prescripciones legales, con la aprobación del expediente. Que todos los anteriores do-

cumentos gozan de la cualidad de públicos y auténticos a los efectos de la casación y la conclusión que se obtiene de ellos, respecto al conocimiento resultante de datos objetivos de los padres naturales, son radicalmente opuestos a lo que infiere el Tribunal «a quo» de simples declaraciones testificales; el Instituto de Maternología y Puericultura pudo tener simples referencias de la existencia de tales padres naturales, pero no un conocimiento indubitado derivado de datos objetivos. Que al no haber tenido en cuenta el Tribunal «a quo» el valor probatorio de los documentos mencionados, ha incidido en el error de derecho denunciado en este motivo infringiendo el artículo 1.218 del Código civil.”

El Tribunal Supremo resuelve estas cuestiones en sus considerandos primero y cuarto, que dicen así:

“CONSIDERANDO: Que entre las afirmaciones que se contienen en la sentencia que se recurre, figuran, la de que el conocimiento de los padres de la niña adoptada, por parte de la administración del Instituto de Maternología, era evidente, ya que ha quedado suficientemente acreditado que ellos se interesaron por la hija y por su recuperación, y que fue retenida indebidamente contra la voluntad de sus progenitores a los que se les ocultó su paradero, resultando que el expediente de adopción no sólo se sustanció sin audiencia de aquéllos, a los que se ignoró indebidamente, sino a sabiendas de sus deseos de recuperar a su hija, esto es, contra su consentimiento, declarando asimismo en la mencionada resolución recurrida, no haberse cumplido en el expediente el requisito relativo al trámite de audiencia de los padres de la adoptada, a pesar de que por las razones que expone, en relación con los hechos que aprecia, eran sobradamente conocidos por la Administración del Instituto de Maternología, apreciaciones, todas ellas derivadas de puro hecho, que el Tribunal «a quo» deriva del examen conjunto de todos los elementos probatorios obrantes en el proceso, y contra los cuales se formalizan por parte de los demandados los dos recursos que son objeto de estudio en la presente resolución, y en la que se estima procedente, al objeto de seguir un orden lógico, examinar primeramente las motivaciones referentes a la congruencia denunciada en el motivo primero del segundo recurso formalizado por la representación de los adoptantes demandados, puesto que de accederse a la estimación del mismo, ello ocasionaría la casación total o parcial de la sentencia recurrida haciendo innecesario dilucidar otras causas de casación.”

“CONSIDERANDO: Que al no haber sido combatidos eficazmente los hechos básicos de la sentencia recurrida, es evidente que han de ser totalmente respetados, por lo que se hace necesario partir de ellos para el examen de los motivos segundo y cuarto, que denuncian: aplicación indebida del artículo 4.º del Código civil, en relación con la violación del artículo 175 de este Cuerpo legal, en cuanto al primero de ellos, y con el artículo 176, en el segundo, y que el recurrente los subordina al resultado de sus precedentes respectivos, que al haber sido rechazados éstos, lógicamente han de decaer aquéllos, tanto más, cuanto que sea «culpabilidad» que en relación con el abandono como motivo de extinción de la adopción, en que se fundamenta uno de ellos, y la de la falta de conocimiento, que respecto a los padres de la adoptada, dice,

tenía la administración del Instituto de Maternología, que se alega en el otro, resultan totalmente ineficaces, ya que no sólo constituye, ambos, supuestos de hecho totalmente contrarios a los sentados por la Sala sentenciadora, sino que, lo real y verdaderamente importante, es que la sentencia que se recurre decreta la nulidad de la adopción, no como derivación del caso contemplado en el artículo 175 del Código civil, que sanciona con la «extinción» de aquélla, sino al amparo del artículo 176, que según la redacción impuesta por la Ley de 24 de abril de 1958 —que es la aplicable a este proceso— contiene una sanción expresa de nulidad para el incumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo, y como es esa «nulidad» la que se declara en el fallo impugnado, es obvio, que dada la falta de audiencia de los más próximos parientes del adoptado en el expediente, exigida en aquél, al no haberse desvirtuado esta afirmación de hecho, se hacen inviables aquellos motivos, a cuya idéntica conclusión se llega con los ordinales primero, tercero y sexto del segundo recurso, que se amparan los dos primeros en alegaciones análogas a los estudiados anteriormente, y cuando a mayor abundamiento, los documentos que sirven de base al «error de derecho» acusado en el motivo sexto citado, además de haberse tenido ellos en cuenta por el Tribunal sentenciador, aunque con distinto sentido y alcance al que pretende darles el recurrente, es lo cierto, que su contenido no contradice el criterio establecido en la sentencia impugnada.”

En estos motivos de ambos recursos se vuelve a involucrar por los recurrentes el tema del abandono —supuestamente culpable— con el de la falta de audiencia a los padres de la adoptada, el cual, a su vez, exige el previo conocimiento de la Administración del Establecimiento de quienes sean éstos, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo vuelve a hacer referencia al supuesto abandono para negar que haya existido.

La cuestión ofrece, al parecer, gran trascendencia para los recurrentes, ya que entienden que la inexistencia de abandono, junto con el conocimiento que la Administración del Establecimiento de Maternidad tuviera acerca de quienes fueran los padres de la adoptada, constituyen presupuestos necesarios para que tales padres deban ser oídos en el expediente de adopción tramitado por el propio Establecimiento. Si falta alguno de ellos, es decir, si hay abandono o si los padres no son conocidos, no deberán éstos ser oídos. Pero lo que resulta evidente en el caso de resultar desconocidos los padres o más próximos parientes, ya que mal puede oírse, ni siquiera citarse personalmente, a quien se ignora si existe, no lo es tanto en el caso del abandono. En efecto, el antiguo artículo 176 del Código civil dice que la Administración del Establecimiento hará las comprobaciones necesarias (lo cual impone un deber de diligencia por su parte, que luego examinaremos) oyendo a los más próximos parientes del adoptado, si fueren conocidos; luego el único requisito para que éstos sean oídos es su conocimiento por el Centro benéfico acerca de su existencia, pues no se dice que no deban ser oídos en el caso de haber abandonado al adoptado, aunque por práctica de los reglamentos de estas Instituciones se venga prescindiendo en muchos casos de la audiencia de los padres o más próximos parientes de los niños abandonados. Pero adviértase que semejante manera de proceder no está consagrada expresamente en la ley; el abandono culpable impide la revocación de la adopción *una vez efectuada ésta*, pero no

excusa de la audiencia de los padres o más próximos parientes del adoptado. Tal interpretación queda más clara a partir de la Ley de 4 de julio de 1970, que exige sean oídos el padre o la madre a quienes se hubiere privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad (art. 173); y en el artículo siguiente dispone que en la adopción de menores abandonados no será necesario el consentimiento de los padres o del tutor, prevenido en el artículo anterior, sin perjuicio de que se oiga a los padres si fueren conocidos o se presentaren". Luego claramente se comprende que la audiencia de los padres es necesaria incluso en el caso de abandono, por lo que confundir ambas cuestiones y hacer de la inexistencia de abandono presupuesto necesario para la audiencia de los padres está en abierta contradicción con la propia Ley.

En el presente caso y a mayor abundamiento, como resulta que la sentencia de la Audiencia niega haya habido abandono, tesis que hace suya el Tribunal Supremo, la solución no puede ser otra que exigir la audiencia de los padres o de los más próximos parientes de la adoptada "si fueren conocidos". Ahora bien, ¿qué tipo de conocimiento se requiere? Este el nudo de la cuestión.

Según la Diputación recurrente, "el conocimiento debe nacer de actos claros e inequívocos, sobre todo los que subjetivamente se pueden apreciar de forma fehaciente y exacta". Y según los adoptantes, el conocimiento, en el caso de una institución de carácter oficial encargada de la tutela de los menores abandonados..., no podrá fundarse en una mera noticia, sino en pruebas reales que acreditasen suficientemente la paternidad de quienes la alegaban ante el Establecimiento".

De lo datos obrantes en autos se desprende que para la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, "el conocimiento es un elemento subjetivo que resulta de datos objetivos", cuya existencia en el presente caso debatido deduce de las reiteradas comparecencias de los padres ante el Centro y sus repetidos intentos de recuperar a su hija.

El Tribunal Supremo se limita a decir que "el conocimiento de los padres de la niña adoptada por parte de la Administración del Instituto de Maternología era evidente, ya que ha quedado suficientemente acreditado que ellos se interesaron por la hija y por su recuperación, y que fue *retenida indebidamente* contra la voluntad de sus progenitores, a los que se les ocultó su paradero...", de lo que deduce que no sólo se les ignoró (a los padres) indebidamente, sino que incluso se procedió a la adopción *contra su consentimiento*.

A mi modo de ver, en el conocimiento caben tres grados o matices principales, equivalentes, en cierto modo, a los de la certeza, probabilidad y mera posibilidad.

1) Conocimiento cierto e indubitado, que resulta de actos o documentos auténticos a los que el ordenamiento jurídico atribuye fehaciencia y prueba plena. Evidentemente no es este el tipo de conocimiento exigido por el antiguo artículo 176, por cuanto, de serlo, haría inoperante en la mayoría de los casos la audiencia de los más próximos parientes o de los padres, y porque al no requerirse el consentimiento de éstos, sino sólo que sean oídos, no guardaría correspondencia una tal exigencia con la función a cumplir, de sólo mera audiencia.

Además, como muy bien se destaca en la sentencia comentada, el conocimiento es algo esencialmente subjetivo, que, por lo mismo, requiere una acti-

tud de recepción activa, no pasiva, una colaboración inicial en la persona llamada a poseerlo, mientras que de exigir este tipo de conocimiento absoluto o certeza, se impondría de afuera, derivado no de la actitud de la persona, sino de la autenticidad oficial impuesta a todos por los órganos estatales. Y sobraría en tal caso hablar de conocimiento, debiendo sustituir esa expresión por la de “quienes *acrediten* ser padres o más próximos parientes”, u otra análoga.

2) Conocimiento probable, que se acerca mucho al anterior y descansa en la fama pública o notoriedad. Podríamos decir que mientras el anterior tipo de conocimiento dimana de la ley y del aparato estatal, éste procede del pueblo y de la costumbre y usos sociales. Tampoco este tipo de conocimiento es el exigido por el artículo 176 antiguo, porque precisamente en los casos de los niños acogidos en Centros de Maternología y Beneficencia, al no gozar de un “status” familiar y social definido, existe imposibilidad inicial de crear o consolidar una fama pública o notoriedad acerca de quienes sean sus padres o más próximos parientes.

3) Queda, por tanto, y por exclusión el tipo de conocimiento con mera posibilidad, que no exige documento auténtico ni fama pública o notoriedad, sino que basta con la manifestación responsable y consciente de una persona, en base a la cual surge la obligación de diligencia para el Centro benéfico, consistente en *hacer las comprobaciones necesarias*, como muy bien dice el antiguo artículo 176. Este es el conocimiento al que alude ese precepto y hoy recoge el actual artículo 174, como resulta de la disyuntiva de este último al decir “si fueren conocidos o se presentaren”. En el mismo momento en que una persona aparezca diciendo ser el padre o la madre de un menor que va a ser dado en adopción, cuya tramitación no esté completamente terminada, surge el deber de tenerla en cuenta, comprobar en su caso si su afirmación corresponde a la realidad y darle audiencia en el expediente.

Si volvemos a los hechos expuestos al comienzo de este comentario, observamos cómo los padres formularon su comparecencia e intentaron recuperar a su hija *antes* de la conclusión del expediente de adopción, el cual, por otra parte, se tramitó con una sospechosa celeridad. Queda firme, por tanto, y resulta a ajustada a Derecho la afirmación de que la Administración del Instituto de Maternología tenía conocimiento, en la medida que tal conocimiento se exige por el artículo 176 antiguo, de quiénes eran los padres de la adoptada, no obstante lo cual hizo caso omiso de ellos y no les oyó en el procedimiento, por lo que está plenamente fundada la sentencia comentada.

c) *La nulidad de la adopción menos plena por defectos formales en la tramitación del expediente y en la escritura pública (art. 176 antiguo del Código civil, en su aspecto formal).*

Aunque la sentencia comentada haya declarado la nulidad de la adopción en razón a la básica omisión de la audiencia de los padres de la niña adoptada en el expediente, existen algunos otros supuestos motivos de nulidad que, por ser mencionados en los recursos y referirse a ellos considerandos de la sentencia, merecen también nuestra atención.

Estos motivos de nulidad pueden agruparse en tres apartados, según se re-

fieran a la actuación de funcionario incompetente en la instrucción del expediente por el Instituto de Maternología, a posibles defectos de la escritura de adopción, o incidan en la consideración del título de la adopción.

Al funcionario incompetente se refieren los motivos quinto y sexto del recurso de la Diputación y parte del motivo primero del recurso de los adoptantes. El motivo segundo del recurso de éstos, así como el motivo séptimo del recurso de la Diputación se ocupan de la escritura pública. Y los motivos cuarto y quinto del recurso de los adoptantes se refieren al título de la adopción.

Por su parte, el Tribunal Supremo desestima el motivo quinto del recurso de la Diputación, como lo hiciera con otros, por defecto formal en su formulación en el considerando tercero, mientras que en el quinto se ocupa de los motivos sexto y séptimo del recurso de la Diputación y segundo del recurso de los adoptantes, para analizar en su considerando segundo los motivos cuarto y quinto del recurso de los adoptantes y en el considerando sexto el antedicho motivo cuarto de los adoptantes.

Los motivos quinto y sexto de la Diputación dicen así:

"QUINTO.—Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la L.E.C.; error de derecho cuando de la apreciación de las pruebas se deduce una interpretación errónea de los artículos 176 (redacción de 1958) y 1.253 del Código civil al existir evidente equivocación del juzgador. Que la sentencia recurrida llega a la conclusión de que el firmante del expediente de adopción había causado baja por enfermedad y, por tanto, era incompetente para instruir el expediente al haber sido sustituido por quien efectivamente ejercitaba las funciones de hecho y derecho de Administrador del Instituto Benéfico; se trata de una interpretación errónea del artículo 1.253 del Código civil, ya que la presunción establecida por la sentencia confunde una baja por enfermedad con la inhabilitación o pérdida del servicio activo del funcionario que instruye el expediente; éste estaba en servicio activo y seguía siendo el Jefe de Administración, estaba plenamente facultado para instruir y firmar el expediente, pero además el expediente estaba tramitado por quien administrativamente podía hacerlo: el Instituto Benéfico; confusión errónea entre la competencia por razón de la persona y la que dimana del Organismo facultado para la instrucción. Que las consideraciones de que el funcionario instructor del expediente de adopción era un funcionario incompetente son erróneas por las siguientes razones: Primera. Porque se trata de un funcionario en servicio activo y, por tanto, la simple baja por enfermedad no supone incompetencia, sino que estaba, administrativamente hablando, gozando de licencia por razón de enfermedad. Segunda. Porque seguía desempeñando el cargo de Jefe de Administración y el suplente había sido autorizado por la Diputación para aquellos actos que por razón de su enfermedad no pudiera ejercer el Administrador propietario. Por tanto, el expediente fue instruido por funcionario competente y los criterios seguidos por la sentencia para llegar a la conclusión contraria nacen de una errónea interpretación de las normas seguidas para las presunciones, según determina el artículo 1.253 del Código civil. Que la interpretación que se requiere dar al incumplimiento de los requisitos señalados por el artículo 176 del Código civil para la tramitación de los expedientes de adopción, son igual-

mente erróneas, pues dicho precepto no impone otro requisito que la instrucción del expediente de adopción debe hacerse por el establecimiento benéfico donde se encontrare acogida el adoptado: como en el presente caso aparece efectivamente tramitado dicho expediente por el Instituto de Maternología de la Diputación de Vizcaya, abstracción hecha de la mala salud del funcionario que lo instruye, no debemos declarar por este motivo una incompetencia personal, cuando al hablar de competencia se ha de referir al organismo administrativo.

“SEXTO.—Al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la L.E.C.; infracción de Ley por aplicación indebida del párrafo primero del artículo 4.º del Código civil y del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en relación con la interpretación de los artículos 176 del Código civil, artículos 20, 40, 47 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo y artículos 40 y 41, números 2 y 3 de la Ley de Funcionarios de 7 de febrero de 1944. Que la declaración de nulidad (art. 4.º del C. c.) de un acto administrativo (artículo 47 de la Ley de 17 de julio de 1958), cual es la tramitación de un expediente de adopción, se aplica indebidamente en este caso por no ir contra lo dispuesto en el artículo 176 del Código civil, cuyo precepto señala quién debe tramitar el expediente y cómo este último precepto indica que la adopción la debe tramitar la administración, según expresan los artículos 40 y 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo, existiendo igualmente una competencia “ad personam”, al encontrarse en servicio activo el funcionario instructor (artículos 40, 41, Ley 7 de febrero 1964) resulta evidente el vicio señalado por la sentencia, ya que la enfermedad no hace incompetente al funcionario, y consecuentemente la nulidad radical aplicada por la sentencia recurrida lo ha sido de forma indebida. Que la sentencia hace una interpretación errónea de los criterios legales mencionados y su apreciación incide en infracciones legales como las siguientes: 1) La incompetencia de un funcionario en la tramitación del expediente puede tan sólo dimanar de las causas que expresamente señala el artículo 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo; entre ellas no se da ningún supuesto en que se incluya la baja por enfermedad. 2) La situación de los funcionarios en servicio activo (artículos 40 y 41, Ley 7 de febrero de 1964) sólo se pierde por alguna de las causas que expresa el artículo 37 de la misma Ley (renuncia, sanción, excedencia, jubilación), por tanto la baja por enfermedad no excluye el servicio activo. 3) El derecho a la inamovilidad del funcionario que además se encuentra en servicio activo, son los factores determinantes de su incompetencia (sic) personal. 4) El núm. 2.º del artículo 41 de la Ley de funcionarios señala taxativamente que el disfrute de licencia o permisos reglamentarios no altera la situación del servicio activo. 5) El núm. 3.º del mismo artículo dice que los funcionarios en servicio activo tienen todos los derechos, deberes y responsabilidades inherentes a su condición. 6) La enfermedad supone la licencia para dejar de acudir al trabajo, pero no exime de deberes y responsabilidades. Que en consecuencia se pueden señalar las conclusiones siguientes: a) El órgano administrativo es el competente para la tramitación del expediente de adopción y así aparece cumplido en el presente caso. b) El funcionario que lo instruye se encuentra en servicio activo como Jefe del Instituto de Maternología, quien se dice podía tener la incompetencia es tan

sólo su sustituto, pero tal situación no excluye la competencia del instructor. Que de ello se infiere ha sido interpretado erróneamente el artículo 176 del Código civil, siendo inexistente el vicio de nulidad invocado, como también aparecen infringidos los preceptos sustantivos de que se ha hecho mención”.

Por su parte, el motivo primero del recurso de los adoptantes señala que la nulidad “por supuesta incompetencia del funcionario instructor, tampoco puede encuadrarse en las que taxativamente señala el párrafo 2.º del artículo 176 del Código civil, únicas que es posible amparar en tal precepto, en todo caso se trataría de un supuesto de anulabilidad del expediente, y los actores no solamente ría de un supuesto de anulabilidad del expediente y los actores no solamente no han ejercitado la acción de anulabilidad, sino que ni siquiera han alegado este hecho como causa de nulidad; siendo rogado el procedimiento civil es impropcedente la estimación de oficio por el Tribunal “a quo” de una causa de anulabilidad que las partes no tuvieron posibilidad de impugnar: en definitiva, cabe decir que la autorización no la prestó este o aquel funcionario, sino impersonalmente la Administración del Establecimiento, como se infiere del texto de la resolución (folio 198)”.

Como ya hemos dicho, el Tribunal Supremo desestima estos motivos de los recursos por defectos formales en su formulación, en el considerando tercero.

En el motivo séptimo del recurso de la Diputación se contiene lo siguiente:

“SEPTIMO.—Al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; infracción legal por violación del artículo 4.º, párrafo primero del Código civil, en relación con la interpretación errónea del artículo 176 del mismo Código y violación del principio “ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus” y doctrina jurisprudencial que lo consagra. Que la sentencia de la Audiencia de Burgos considera nula la adopción por falta de comparecencia en la escritura pública del Instituto Benéfico; el artículo 177 del Código civil exige tan sólo que se otorgue la escritura, pues según expresa la adopción ha sido ya aprobada por el Juez y no existen disposiciones que requieran la presencia del Administrador del Establecimiento Benéfico al otorgamiento de la escritura, pues nada dice al respecto dicho artículo, ni tampoco ninguna Ley. Que el párrafo primero del artículo 4.º del Código civil supone un auxilio del Derecho para remediar una falta grave o fundamental en un acto jurídico o procesal; se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser aplicado con criterio rígido, sino con criterio flexible, como señala la Jurisprudencia. Que bajo tal criterio jurisprudencial la sentencia recurrida adolece de una rigidez inaudita, ya que pretende dar un alcance al precepto que éste en sí no tiene, lo que hace incurrir en violación del mismo, al considerar necesaria la comparecencia del Administrador del Instituto de Maternología en la escritura de adopción para dar su consentimiento en nombre del menor, pero tal consentimiento y comparecencia son innecesarios por los siguientes fundamentos: 1.º Porque en los casos de abandono o exposición quien tiene a su cargo la custodia y guarda del menor, decide la conveniencia de la adopción en primer término, presta en el expediente de adopción su consentimiento y la somete a la definitiva aprobación judicial. 2.º Que aprobada definitivamente la adopción por el Juez se otorgará escritura, dice el artículo 177, es decir, que la adopción de expositos o abandonados surge desde la tramitación de un expediente por el organismo ad-

ministrativo donde fue depositado el menor y enlaza con otro acto de jurisdicción voluntaria, donde el Juez, con dictamen del Ministerio Fiscal aprueba y la adopción queda consumada y perfecta. 3.º Que la escritura de adopción es tan sólo un requisito formal para tener acceso al Registro Civil y anotar el acto. 4.º El artículo 177 del Código civil no exige cuáles son los requisitos que deba contener la escritura; dicho artículo no dice otra cosa que aprobada la adopción (hecho consumado) se otorgará la escritura expresando en ella las condiciones en que se haya hecho, es decir, reflejando documentalmente el cumplimiento del artículo 176 anterior. 5.º Porque hasta el presente, en todas las modificaciones habidas en materia de adopción, hasta la Ley de 4 de julio de 1970, se exigía la comparecencia al otorgamiento de la escritura del Administrador del Instituto Benéfico (sic). 6.º Porque teniendo en cuenta las mismas razones que se alegan en la sentencia recurrida, quien podrá intervenir en la escritura de adopción, no es el Administrador del Instituto Benéfico, sino el propio Juez que aprueba en definitiva la adopción, o el Ministerio Fiscal que informa sobre su procedencia. Que realizada la adopción al pretendido efecto en la escritura pública no puede producir la nulidad radical de la que se infiere la violación del artículo 4.º del Código civil; ello no es así por las razones siguientes: a) Porque lo que invalida la adopción es el incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 176 del Código civil; b) Porque el artículo 4.º del Código civil no es bastante por sí solo para fundar una declaración de nulidad absoluta, pues el acto jurídico que se dice viciado puede ser en todo caso objeto de subsanación, ya que no alteró el hecho de la adopción. Que exigir la presencia del Administrador del Organismo Benéfico para otorgar la escritura cuando la ley no lo dice y no lo exige es infringir el principio general de derecho ya citado y la doctrina jurisprudencial que lo refrenda.”

Los adoptantes, en el motivo segundo de su recurso se expresan así:

“SEGUNDO.—Autorizado por el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la sentencia recurrida infringe por violación el artículo 177 del Código Civil reformado por la Ley de 24 de abril de 1958, al estimar como causa de nulidad de la adopción la no comparecencia en la escritura pública del Jefe Administrativo del Instituto de Maternología de Bilbao. Que en la nueva redacción del artículo 177 del Código Civil se advierta: Primero. que a diferencia del artículo anterior—el 176—, que impone la nulidad de la adopción por falta de cumplimiento de los requisitos del expediente, el 177 no establece causas específicas de nulidad derivadas de la escritura; Segundo. Que da por sentado que la adopción nace con la aprobación definitiva por el Juez. Que la primera cuestión a dilucidar es si la escritura de adopción tiene o no carácter constitutivo de la misma, es decir, si la adopción nace como vínculo jurídico en el momento de otorgar la escritura; según la redacción del Código civil parece evidente que no es así; el artículo 176 al referirse al expediente de adopción aprobado por el Juez, dice en su último párrafo: “será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos”; el artículo 177 dice: “Aprobada definitivamente la adopción por el Juez, se otorgará escritura”; resulta de ello que el vínculo adoptivo nace o surge a la vida jurídica con la aprobación definitiva, se refiere a la firmeza del auto aprobatorio, de la adopción por el Juez; así ha de entenderse cuando el propio Código declara nula

la adopción si no se cumplen los requisitos del expediente, identifica la aprobación de éste con la adopción; en lo que se refiere a la escritura se limita a decir que se expresarán en ella las condiciones en que se haya hecho la adopción, luego al otorgarse la escritura la adopción está ya hecha. Que el criterio doctrinal que atribuye carácter constitutivo a la escritura pública, no está avalado por el texto reformado del Código Civil, ni cuenta más que con la opinión de un sector de la doctrina. Que actualmente se dispone de una interpretación auténtica del legislador en la nueva reforma, introducida en esta materia por Ley de 4 de julio de 1970, la cual, de modo concreto, desvanece en el artículo 173 todos los equívocos que han surgido anteriormente entre aprobación judicial del expediente y la adopción propiamente dicha, como advierte la exposición de motivos, pues el mismo valor constitutivo tienen el concurso de la voluntad, la autorización judicial y el otorgamiento de la escritura pública. Que la sentencia recurrida infringe en este aspecto el artículo 177 del Código Civil cuando en el considerando 23 atribuye a la escritura de adopción valor constitutivo o "ad substantiam", y al expediente administrativo y al judicial un acto de jurisdicción voluntaria; afirmando "que la escritura no está destinada a constatar, sino a hacer nacer la adopción a la vida jurídica". Que tal criterio de la Sala no es más que una opinión, que el Legislador se encarga de desvanecer en la nueva Ley, atribuyendo a esta interpretación auténtica efectos retroactivos siquiera sea para explicar la redacción anterior al Código, por eso dice la exposición de motivos que en esta materia no se han introducido modificaciones sustanciales en el régimen precedente, o sea que tanto en aquél como en el nuevo las formalidades señaladas son requisitos esenciales con igual valor constitutivo. Que según la sentencia (considerandos 23 y 24) es necesario que haya dualidad de consentimientos, uno el preparativo del expediente; otro, el constitutivo de la escritura pública; nace tal exigencia del error de la sentencia de atribuir valor constitutivo, sólo a la escritura pública, cuando en realidad la adopción es un negocio complejo con tres fases: consecuencia de voluntades, o sea el consentimiento, aprobación judicial de la adopción; otorgamiento de la escritura; de ello se infiere que el consentimiento sólo es imprescindible prestarlo en el expediente como requisito previo y necesario para que el Juez apruebe la adopción; luego el testimonio literal del autor que se incorpora a la escritura hace innecesaria nueva prestación del consentimiento por las partes. Que según la sentencia del Juzgado (considerando 9.º, folio 537), para que la incomparecencia en la escritura del representante de la Administración en casos de adopción diera lugar a una causa de nulidad absoluta sería necesario que se dispusiera así en la Ley o hubiera que reducirlo de los principios normativos que rigen la institución, lo cual no concurre en cuanto a la adopción se refiere; menciona luego la legislación antigua (Partidas, Proyectos de 1881, Código civil a través de sus diversas modificaciones hasta la Ley de 4 de julio de 1970, Ley y Reglamento Notarial vigente), que no impone tal comparecencia; no puede estimarse como un requisito sustancial y susceptible de producir la nulidad radical al amparo del artículo 4.º del Código civil. Que la sentencia recurrida no aduce ninguna norma concreta para fundar su tesis; basándose simplemente en el carácter constitutivo de la escritura de adopción y en la consideración de esto como negocio jurídico bilateral estima necesaria la duali-

dad de consensos. Que la teoría del carácter constitutivo de la escritura no es más que una opinión doctrinal compartida, puesto que ningún precepto exige con carácter necesario la dualidad de consensos, hay que concluir que la incompetencia del Jefe de Administración de la Casa de Maternidad en el otorgamiento de la escritura no constituye como pretende la sentencia recurrida causa de nulidad radical de la adopción.”

Y en los motivos cuarto y quinto de su recurso se refieren más concretamente al título de la adopción, en la siguiente forma:

“CUARTO.—Autorizado por el número 1.º del artículo 1.692 de la L.E.C.; la sentencia recurrida infringe por violación los artículos 176 y 177 del Código civil, reformados, al decretar la nulidad de la adopción, sin la declaración previa de nulidad del título constitutivo de la misma, constituido por el expediente administrativo, el auto judicial y la escritura pública de adopción. Que la sentencia recurrida declara la nulidad de la adopción menos plena a que se refiere la escritura pública de 15 de marzo de 1967; pero no declara previamente a la vez la nulidad del expediente administrativo; el conjunto de los tres elementos, expediente, auto judicial y escritura han servido de título para que se practicara en el Registro Civil la inscripción marginal primera que refleja la adopción. Que mientras no se declare la nulidad del conjunto de elementos que integra el título de la adopción, ha de mantenerse ésta con su vigencia total y al no estimarlo así la sentencia recurrida, ha incidido en las infracciones denunciadas por este concepto de los artículos del Código civil.”

“QUINTO.—Autorizado por el número 2.º del artículo 1.692 de la L.E.C.; la sentencia recurrida no es congruente con las pretensiones deducidas por los actores en la demanda, infringiendo por violación el artículo 359 de la L.E.C. Que la demanda solicita en el suplico se decrete la inexistencia o en otro caso la nulidad y subsidiariamente la rescisión de la adopción contenido en la escritura, decretando la cancelación marginal originada por la repetida escritura, al ser declarada la nulidad o rescisión del título en cuya virtud se hizo. Que la declaración de nulidad del título ha de preceder a la de la institución y a la cancelación de las inscripciones marginales del Registro Civil; es un presupuesto sin el cual no es posible declarar la cancelación referida a inscripciones, por eso los demandantes piden en el suplico de la demanda la declaración de nulidad o rescisión del título. Que la sentencia declara la nulidad de la adopción menos plena, pero ni una sola referencia a la declaración de nulidad de la escritura, solicitada de adverso en la demanda; la incongruencia es evidente y notoria, el fallo no puede mantenerse en tales términos, pues en este caso concreto falta la declaración de nulidad del título.”

El Tribunal Supremo resuelve estos motivos del recurso de la Diputación y del de los adoptantes, conforme a las siguientes consideraciones:

“Que, en tal aspecto, el motivo quinto de este segundo recurso (de los adoptantes), denuncia la violación del artículo 359 de la L.E.C., y es lo cierto que de los términos de dicho precepto está concebido, da a entender que la norma establece una distinción conceptual entre la congruencia y el exceso o defecto de poder, y así se deduce también del artículo 1.692 de la propia Ley rítuaria, que en su número segundo autoriza la casación por vicio de incongruen-

cia, y contempla en el número tercero los casos en que el fallo otorgue más de lo pedido o no contenga declaraciones sobre alguna de las peticiones oportunamente deducidas en el pleito; y como este motivo quinto que se analiza, denuncia el vicio de incongruencia, precisamente sobre la base de no haberse resuelto en el fallo, según el recurrente, uno de los pedimentos contenidos en el suplico del escrito de demanda, aduciendo que en la sentencia no se contiene ni una sola referencia a la "declaración de nulidad de la escritura" solicitada en aquél escrito inicial, es claro que esta supuesta omisión no encaja su impugnación en el número 2.º del artículo 1.692 citado, como fija en su motivo el recurrente, sino que el cauce obligado para ello está regulado en otro apartado del mismo precepto procesal, por lo que dado el rigorismo formal exigido en el trámite del recurso de casación, este defecto procesal es causa de inviabilidad del motivo, a cuya misma conclusión se llegaría de haberse planteado correctamente la infracción denunciada, desde el momento que la resolución que se recurre, al declarar la nulidad de la adopción referida a dicha escritura pública, ella comprende a todas sus fases, como momentos todas ellas constitutivas del mismo acto, por lo que no se da el vicio de incongruencia denunciado."

"Que declarada la nulidad de la adopción en virtud de la falta de uno de los requisitos esenciales exigidos en el artículo 176 del Código civil, en su anterior redacción, y siendo ello suficiente para mantener la resolución recurrida, es indudable que se hace totalmente intrascendente el estudio de los demás motivos que se contienen en ambos recursos y que se dirigen a impugnar aquellas otras conclusiones que en relación con el incumplimiento de otros requisitos también exigidos en aquel precepto mencionado son objeto del fallo recurrido—motivos sexto y séptimo del primer recurso (de la Diputación) y segundo del último (de los adoptantes)—, ya que aun en el supuesto hipotético de ser aceptados, ello no produciría el efecto de alterar la parte dispositiva de la sentencia impugnada, por todo lo cual se hace innecesario su análisis."

"Que casi toda la doctrina científica estima que hasta tanto no se llega al otorgamiento de la escritura pública no queda perfeccionada la adopción, pues ella es la que recoge el consentimiento firme de las partes, y como la Ley de 4 de julio de 1970 reformadora del Código civil en cuanto a esta institución se refiere, al establecer, que aprobada judicialmente la adopción se otorgará escritura pública que se inscribirá en el Registro civil correspondiente, da a entender que la perfección de este contrato se alcanza con el otorgamiento de aquélla, aunque la adopción necesite para su existencia no solamente el acta material de la escritura, sino también la autorización judicial y el consentimiento de las partes, como momentos todos ellos del mismo acto que tienen igual valor constitutivo, por lo que no puede prosperar el criterio que mantiene el recurrente en el motivo cuatro del segundo recurso (de los adoptantes), sin que, por otra parte, aquella supuesta omisión de declaración de nulidad de la escritura que denuncia como cometida en la sentencia, tenga refugio correcto en este motivo, por cuanto ya fue rechazado el criterio del recurrente en el considerando segundo de esta resolución, en el que se rechaza el vicio de incongruencia denunciado en el motivo quinto, por todo lo cual declina el motivo cuarto estudiado, y como consecuencia de todo lo hasta aquí fundamentado se hace imperativo la desestimación de los dos recursos formalizados en los que han

de tenerse en cuenta las medidas accesorias previstas en el artículo 1.748 de la L.E.C. en cuanto se refiere a las costas producidas.”

Teniendo en cuenta que estos últimos motivos de los recursos y los considerandos que los resuelven no constituyen la “ratio decidendi” del fallo, y a fin de no alargar excesivamente estas notas, sólo haré referencia a las principales cuestiones civiles que en los mismos se abordan.

La sentencia del Tribunal Supremo configura la adopción con un concepto que pudiéramos llamar unitario de la misma, en el sentido de que la adopción no es el resultado de actos independientes, sino un solo acto complejo, compuesto de tres fases o momentos, judicial, notarial y registral. Su contenido esencial es contractual, entendido en el mismo o análogo sentido en que se pueda hablar de contrato en el matrimonio. Como la adopción no es acto compuesto de otros simples o con propia sustantividad jurídica independiente, sino acto complejo dotado de interna unidad, se comprende fácilmente que declarada la nulidad de la adopción, tal declaración comprende la nulidad de todas sus fases, como momentos todos ellos constitutivos del mismo acto, según expresa la sentencia comentada. Sería, sin embargo, equivocado interpretar la expresión “mismo acto” como equivalente a acto simple; cabe perfectamente un mismo acto que sea complejo. Ello explicaría cómo al afectar la nulidad a la fase judicial de la adopción, acarrea la nulidad de la subsiguiente escritura pública, mientras que no siempre la nulidad centrada exclusivamente en la escritura pública llevará consigo la nulidad de las precedentes actuaciones practicadas, con la consecuencia de tener que repetir todas ellas, resultado excesivamente oneroso. Por otra parte, la práctica profesional nos ha enseñado a desconfiar del conceptualismo: de la naturaleza jurídica atribuida a una institución no podemos deducir inexorablemente resultados de ineludible aplicación práctica, entre otras razones porque es muy posible que al efectuar la calificación estemos ya prejuzgando las previsibles consecuencias que deseamos obtener. A fin de no atribuir demasiada importancia a la naturaleza jurídica de la adopción en orden a la resolución del pleito, conviene tener en cuenta que la expresión “mismo acto” es en realidad un “obiter dictum”, ya que el motivo se desestima por defecto de forma en su planteamiento: no habría incongruencia, dice el Tribunal Supremo, sino defecto de poder consistente en resolver menos de lo pedido, razón por la que debiera haberse citado en el recurso el número tercero en vez del número segundo del artículo 1.092 de la L.E.C. La diferencia es clara: existe incongruencia cuando la sentencia incurre en contradicciones al resolver diversamente de lo pedido (hay error en el “quale”, art. 1.692, núm. 2.º de la L.E.C.); estamos ante un exceso o defecto de poder, cuando la sentencia resuelve, respectivamente, más o menos de lo pedido (hay error en el “quantum”; artículo 1.692, núm. 3.º, de la L.E.C.).

Por todo lo dicho, no creo exista contradicción, sino que es perfectamente compatible considerar la adopción como:

- 1) Un negocio jurídico del Derecho de familia y, dentro de ella, relativo a la filiación, pues crea una relación de filiación legal. De ahí sus caracteres constituidos por la existencia de un interés público, de subordinación y autoridad, su conexión con el estado civil de las personas y la vigorosa actuación del ingrediente ético y del orden público.

2) Un negocio jurídico complejo y de formación sucesiva, una especie de acto-procedimiento, consistente en la concatenación de actos preordenados a la producción de un efecto jurídico, de tal modo que cada uno de esos actos, por sí solos, no es nada y sólo adquiere relevancia jurídica mediante su recíproca integración. Puestos a distinguir fases, parece admisible distinguir una fase judicial o previa a la creación del vínculo adoptivo, y una fase registral o final, de publicidad. La sentencia comentada centra precisamente la perfección de la adopción en el acto del otorgamiento de la escritura pública.

3) Un negocio jurídico solemne, como lo son, por lo general, los de Derecho de familia, pues se exige una forma especial "ad substantiam".

En cuanto a la cuestión de si es requisito esencial que el representante del Centro Benéfico comparezca en la escritura pública para dar su consentimiento a la adopción de la niña acogida en el mismo, volvemos a lo dicho antes. De la naturaleza jurídica de la adopción no cabe, sin más, deducir una solución. Así, aunque se participe de la consideración contractual de la adopción, ello no implica, por sí sólo, que deba comparecer el citado funcionario en la escritura, ya que puede muy bien entenderse que en su consentimiento prestado a través de la tramitación del expediente se contiene la oferta de contrato dirigido a los adoptantes y que éstos aceptan al comparecer por sí solos ante el Notario y otorgar la escritura, o bien que se trata de un consentimiento anticipado y expresado con la entrega de la niña adoptada. El problema, a mi juicio, debe resolverse teniendo en cuenta la legislación por la que se rige el otorgamiento de la escritura pública. De los artículos 1.217 del Código civil y 143 del Reglamento Notarial, parece que se regirá por la legislación Notarial. Por eso precisamente el Código civil no determina quiénes han de intervenir en la escritura pública y se cuida muy bien el antiguo artículo 176 de puntualizar que el consentimiento de las personas a que el mismo se refiere *se manifestará a la presencia judicial*. Incumbe, por tanto, al Notario verificar esa determinación "en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas", haciendo constar "que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto en que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate" (artículo 167 del Reglamento Notarial).

Por último, parece que el recurrente se deja llevar por una concepción registral "inmobiliaria" del Registro del Estado civil, siendo así que en éste el título fundamental o de atribución no es el documento, sino el supuesto de hecho del que depende su existencia jurídica, que puede ser un simple hecho (artículos 136, 17, núm. 4.º, del Código civil), una declaración de voluntad (artículos 15, núm. 1.º, 18, 100, 131, etc., del Código civil) o un auto o sentencia judicial (aa. 218, 221, 228 del C. c.) (Cfr.: F. de Castro. *Compendio de Derecho civil*, 2.ª edic., Madrid, 1964, p. 184).

FRANCISCO CASTRO LUCINI,
Notario de Pontevedra

2. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1973.

(Teng Bo Khoe y Sra. v. Hans Richartz)

SUMARIO: 1. El cheque como medio de pago. La "congelación" del cheque. 2. Adquisición, por extranjeros, de fincas en zonas estratégicas. La autorización del Ministerio del Ejército.—3. Traducción de las escrituras públicas a idioma extranjero.

En documentos privados fechados en Puerto de la Cruz el 19 de diciembre de 1968 se pactó por don Teng Bo Khoe y señora, de nacionalidad indonesia, y don Hans Richartz, de nacionalidad alemana, todos residentes en Puerto de la Cruz, promesa de venta y opción, respectivamente, de unas parcelas de terreno solares en la Urbanización "Las Adelfas" en Puerto de la Cruz, fijándose como precio de venta el de cien marcos alemanes el metro cuadrado.

En 24 de junio de 1969 se otorgaron escrituras públicas de compraventa de las parcelas entre las mismas personas antes referidas y ante un Notario de Puerto de la Cruz, por el precio de 117.070 marcos alemanes, para cuyo pago el comprador señor Richartz libró un cheque a nombre del señor Khoe y a cargo del Staatliche Sparkasse de Bremerhaven. La venta se otorgó sin autorización del Ministerio del Ejército ni de ningún otro organismo. No se expresa en la escritura si se tradujo o no al alemán o a cualquier otro idioma ni si los comparecientes sabían o no el español.

El señor Khoe ingresó en el Banco de Canarias el referido cheque para que le fuese abonado en su cuenta corriente y posteriormente dicha entidad le notificó que el señor Richartz había dado órdenes al Banco alemán para que no fuese pagado, es decir, "congeló" el cheque.

Ante este hecho, el señor Khoe se querelló por estafa contra el señor Richartz, abriéndose el oportuno sumario en el que se declaró que la orden de "congelación" del cheque la dio el mismo señor Richartz, so pretexto de un incumplimiento por el vendedor de unos compromisos de construcción. El Juzgado sobreseyó el sumario considerando que la cuestión planteada era asunto civil.

Es entonces cuando los señores Khoe formulan demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia de La Orotava, contra el señor Richartz, suplicando se declare que este último debe pagar a aquéllos el equivalente en pesetas de 117.070 marcos alemanes en el momento del pago, así como a la indemnización de cuantos daños y perjuicios se hubieran ocasionado a los acreedores. En reconvencción pidió el demandado la resolución de los contratos privados firmados en 19 de diciembre de 1968, la devolución de 250.000 marcos alemanes que tenía recibidos del demandado, pago de los perjuicios, nulidad o inexistencia de los contratos contenidos en escrituras públicas de 24 de junio de 1969, así como la nulidad de las respectivas inscripciones. Fundamentaba su petición

en lo esencial en un doloso incumplimiento por el señor Khoe de unas obligaciones de construcción de ciertos edificios a que se había comprometido, a que no conocía el idioma español y no se le tradujeron las escrituras, que enterado después de lo que había firmado, estimó que éstas suponían una modificación unilateral de lo pactado en documento privado, ante lo cual ordenó la "congelación" del cheque.

El Juez de 1.^a Instancia de La Orotava dictó Sentencia en 7 de junio de 1971, por la que, estimando en todas sus partes la demanda, condenó al señor Richartz a pagar a los demandantes el equivalente en pesetas a 117.070 marcos alemanes a razón de la cotización del marco alemán en el momento del pago, así como a las cantidades que en concepto de impuestos hayan satisfecho los actores por cuenta del demandado y ello en concepto de indemnización de daños y perjuicios, cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia. absolvió a los señores Khoe de los pedimentos de la reconvencción, sin expresa imposición de costas.

Interpuesto recurso de apelación por la representación del demandado, la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia con fecha 3 de febrero de 1972, por la que revoca parcialmente la sentencia apelada declarando la nulidad de una cláusula contenida en ambos contratos, por los que al parecer se establecían ciertas limitaciones al dominio de las parcelas compradas, ordenando la nulidad de las inscripciones y menciones de tales limitaciones en el Registro de la Propiedad y, confirmando parcialmente la sentencia, pronuncia la misma condena de ésta antes referida al pago de las cantidades antes expuestas reproduciendo en esta parte el pronunciamiento de aquélla.

La representación del señor Richartz interpuso recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, y éste en sentencia de 6 de abril de 1973 de la que fue Ponente don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenza declaró no haber lugar al mismo en base a los siguientes considerandos:

CONSIDERANDO: Que denegados por Auto de esta Sala de diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y dos la admisión de los motivos segundo, cuarto, quinto, sexto y octavo por los defectos formales que en el mismo se consignan, sólo cabe ahora entrar en el estudio de los motivos primero, tercero, séptimo, noveno y décimo que fueron admitidos.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la inaplicación en la sentencia recurrida de la Ley de veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco, de su Reglamento de veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis, de la Ley de mayo de mil novecientos sesenta y del Decreto-Ley de marzo de mil novecientos sesenta y dos que prohíben la transmisión de inmuebles sitos fuera del casco de las poblaciones o zonas de ensanche o urbanizadas a extranjeros, sin la previa autorización del Ministerio del Ejército, por la que al no haberse cubierto dicho trámite, la venta debatida es nula; y habida cuenta que, como acertadamente se sostiene en la resolución impugnada, tales *disposiciones admiten excepciones*, como la de que los terrenos estén sitos en zonas turísticas,

según Decreto de veintitrés de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro; es evidente que *dado por probado* que el terreno debatido *se encuentra en zona exceptuada, sin que se haya combatido eficazmente tal declaración*, obliga a desestimar el motivo; máxime si se tiene en cuenta que tal alegación no fue formulada en el oportuno período expositivo del proceso, que la constituye en cuestión nueva, no aducible en casación y *también que las disposiciones alegadas tienen carácter administrativo* y a sus órganos corresponde su determinación y ejecución, así como la exigencia de las responsabilidades que señala en caso de su incumplimiento.

CONSIDERANDO: Que por el mismo cauce procesal que el anterior se articula el tercer motivo, señalando la inaplicación del *artículo cuarto del Código civil en relación al ciento cincuenta del Reglamento Notarial*, y del mil doscientos diecisiete de citada Ley sustantiva, basándose para ello en que no se cumplieron en el otorgamiento de la escritura pública de referencia ninguno de los requisitos que se exigen cuando intervengan extranjeros que no conozcan el idioma español; y como quiera que la resolución impugnada declara que no se ha probado que el recurrente desconociera tal idioma, sin que esta declaración haya sido combatida eficazmente y el Notario anteriormente da fe de que se cumplieron todos los requisitos de lectura y aprobación y otorgamiento por el señor Richartz, sin que se haga la menor alusión a la ignorancia después alegada; es evidente que no se ha demostrado la necesidad de aplicación de las normas aducidas y perece el motivo.

CONSIDERANDO: Que con apoyo en el número séptimo de dicho mil seiscientos noventa y dos, se articula el séptimo motivo del recurso basado en error de hecho en la apreciación de las pruebas por la sentencia impugnada, señalando como documento auténtico que lo acredita la *certificación expedida por el Ayuntamiento de Puerto de la Cruz* en dieciocho de diciembre de mil novecientos setenta que demuestra que *la urbanización "Las Adelfas" no fue definitivamente aprobada por estar en terreno rústico del Plan de Ordenación Urbana de dicho Puerto de la Cruz*, en estudio de revisión, al que debe incorporarse añadiendo que las parcelas son libres y las limitaciones o servidumbres que se establecen son sólo beneficiosas para el vendedor; y *teniendo en cuenta que aparece acreditado en los autos que primeramente fue aprobado el plan de urbanización de "Las Adelfas", aunque después se pretendiera incorporarlo al general del Puerto de la Cruz*, que está en período de estudio, sin que haya sido aprobado al menos al otorgarse las escrituras debatidas y que el vendedor antes de la venta puede establecer las condiciones o servidumbres que estime oportunas en la finca de su propiedad, que aceptadas por el comprador en la escritura le obligan, es visto que no se ha cometido el error denunciado y perece el motivo.

CONSIDERANDO: Que, por último, los motivos noveno y décimo, sustentados ambos en el ordinal primero del repetido artículo mil seiscientos noventa y dos, denuncian respectivamente la inaplicación del artículo mil ciento veinticuatro del Código civil por el incumplimiento del contrato por parte de los recurridos al no haber realizado las obras en el plazo convenido, ni conforme al proyecto aprobado y la también inaplicación de los artículos mil ciento uno,

mil ciento dos, mil ciento siete, mil trescientos y mil trescientos tres del mismo Cuerpo legal al no apreciar *dolo en los vendedores*, ni *error en el comprador*, con las consecuencias que de ello se derivarían; motivos que tampoco pueden prosperar en cuanto no respeten los hechos declarados probados por la sentencia que estima cumplidas por los recurridos las obligaciones esenciales que les incumbieren y niega la concurrencia del dolo y error alegados, que al no haber sido eficazmente combatidas en el recurso persisten y privan a estos motivos de la sustentación fáctica en que se apoyan.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos, no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por don HANS RICHARTZ, contra la sentencia pronunciada por la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha tres de febrero de mil novecientos setenta y dos, en autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos contra el mismo por don TENG BO KHOE y doña SICE XHIN TAN, sobre reclamación de cantidad; condenamos al recurrente al pago de las costas ocasionadas en el recurso; y a su tiempo, comuníquese esta resolución a la expresada Audiencia, con devolución a la misma de las actuaciones que remitió.

Vamos a centrar nuestro estudio en los problemas enunciados en el epígrafe de este comentario.

1.º *El cheque como medio de pago. La "congelación" del cheque.*—El principio de identidad en el pago conduce en las obligaciones de pagar una cantidad en dinero, a la consecuencia de que el cumplimiento efectivo de las mismas se debe llevar a cabo con la entrega de la suma de dinero convenida, en la moneda de curso legal que tenga carácter liberatorio cuando no sea posible el pago en la convenida explícitamente.

Sin embargo, cuando la cantidad que el deudor debe entregar pasa de ciertos límites, se plantean las partes consideraciones de conveniencia y aún de seguridad que impulsan a las mismas a sustituir la entrega de moneda metálica o de papel por un título representativo de la misma que evite su trasiego material y el consiguiente riesgo de extravío. El deudor ofrece al acreedor la posibilidad de que el pago se lleve a efecto mediante la entrega del cheque. Se acude entonces al cheque en su función de medio de pago de la obligación.

Pero a los ojos del jurista, todas las ventajas económicas de la utilización del cheque como medio de pago de la obligación presentan como contrapartida una serie de problemas que es necesario abordar con la brevedad que este comentario impone.

a) Si el deudor debe cumplir entregando al acreedor la prestación convenida y no otra, es indudable que no puede compeler al acreedor a que reciba, en lugar de la moneda convenida o la legal liberatoria, un cheque.

En una compraventa, por ejemplo, en que no se haya convenido sobre este particular, el precio debe ser pagado en dinero o signo que lo represente (art. 1.445 C. c.), y si en el contrato no se fija tiempo para el pago, la prestación del comprador debe ser simultánea a la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida (art. 1.500 C. c.).

El comprador debe pagar la deuda de dinero con dinero, sin que le sea posible imponer unilateralmente al vendedor el pago con la entrega de algo distinto al dinero (art. 1.170).

Ahora bien, el artículo 1.445 C. c. habla de precio cierto en dinero o signo que lo represente. Y junto al dinero efectivo, se admite hoy el llamado dinero de giro o dinero bancario constituido por los depósitos a la vista. El cheque podría quizá ser considerado como uno de los signos representativos de este dinero de giro bancario. ¿Quiere esto decir que el comprador puede cumplir su obligación de pago del precio, con carácter liberatorio y forzoso para el vendedor entregando a éste un cheque? No creemos ser ésta la conclusión que se deriva del citado artículo 1.445. Es más, ni que sea éste el tema que aborda. El Código quiere precisar que el contrato seguirá siendo compraventa (y no permuta u otro contrato) cuando no entregando dinero efectivo se entregue signo representativo de dinero. Que el dinero efectivo sea de una clase u otra o que se haya de admitir forzosamente signo representativo de dinero es otra cuestión. De no existir el artículo 1.170, al que luego nos referiremos, tendríamos que concluir igualmente que en defecto de pacto el comprador sólo podría obligar al vendedor a recibir moneda de curso legal de curso forzoso, con pleno poder liberatorio, porque sólo éste permitirá cumplir (repetimos que en defecto de pacto) con la regla de simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones en las obligaciones bilaterales (cfr. art. 1.100, párrafo último, y 1.224) y más concretamente en la compraventa (art. 1.500 C. c.) y porque como se desprende de la propia noción de moneda de curso legal, el acreedor de una deuda dineraria (salvo pacto en contra) sólo puede ser obligado a recibir la moneda cuya aceptación en pago de deudas dinerarias sea obligatoria por precepto legal, es decir, billetes del Banco de España y dinero metálico (éste dentro de ciertos límites) (1).

Así, pues, en defecto de pacto, sólo un precepto legal podría imponer al vendedor la obligatoriedad de recibir en pago del precio, un cheque. En algunos países existe tal precepto. Así, en Francia, una Ley de 22 de octubre de 1940 prevé que ciertos pagos deben ser efectuados obligatoriamente mediante cheque cruzado o mediante giro. Después de la modificación que esta Ley ex-

(1) La Ley de 9 de noviembre de 1939 establece que los billetes del Banco de España "son preceptivamente medio legal de pago con pleno poder liberatorio" (artículo 7.º, párrafo 1.º). Para las monedas metálicas, diversas leyes establecen su poder liberatorio entre particulares, dentro de ciertos límites y sin limitación alguna en los pagos en las Cajas Públicas. El poder liberatorio entre particulares, cualquiera que sea la cuantía del pago, se fija dentro de unos topes que son en la actualidad los siguientes:

Monedas de diez céntimos: hasta 25 pesetas (artículo 5.º Ley de 11 de mayo de 1959).

Monedas de cincuenta céntimos: hasta 100 pesetas (artículo 4.º Ley de 28 de diciembre de 1966).

Monedas de una peseta: hasta 100 pesetas (artículo 5.º Ley de 8 de julio de 1963).

Monedas de cinco pesetas, veinticinco pesetas y cincuenta pesetas: hasta 250 pesetas (artículo 4.º Ley de 26 de diciembre de 1957).

Moneda de cien pesetas: hasta 1.000 pesetas (artículo 4.º Ley 18 de marzo de 1966).

perimentó por otra de 2 de agosto de 1957, artículo 11, se entiende hoy (2) que sólo los comerciantes están obligados a pagar por cheque o transferencia. Los pagos que deben éstos efectuar por esos medios son en principio los superiores a 1.000 francos, siempre que sea para satisfacer alquileres, transportes, servicios, suministros, trabajos, o correspondan a adquisiciones en cualquier forma que sea de bienes muebles o inmuebles, liquidación de productos de títulos nominativos (que sobrepasen 1.000 francos por certificado y vencimiento), sueldos y salarios (que excedan de 1.000 francos por un mes entero). En definitiva, como dicen Hamel, Lagarde y Jauffret (3), casi todos los pagos quedan sometidos a la regla. Apenas quedan fuera de la enumeración legal más que la aportación a sociedad, la partición, el depósito y el préstamo. Y normas análogas se han dictado también en el vecino país, sobre pago obligatorio por cheque, o sobre todo por transferencia, de los gastos del Estado y de los entes públicos.

b) Si el acreedor de una deuda dineraria exigible acepta un cheque para su pago se produce una alteración en el mecanismo de satisfacción de su legítimo interés. Pagada la deuda en dinero, dispone ya, desde ese momento, de la contraprestación a que tiene derecho y que puede reemplazar. Si recibe un cheque se dilata a un momento ulterior tal posibilidad, al de la efectiva realización del cheque.

Algunos autores (4) entienden que el pago mediante cheque es un pago condicional, siendo el hecho condicionante la efectiva realización del cheque. Nosotros creemos que no es un pago condicional. El hecho debido, entrega y consiguiente percepción de una cantidad de dinero, no puede ser condición de lo mismo que se debe. Si se debe dinero y se entrega el cheque para facilitar la obtención del dinero sin los riesgos de su tenencia material, la entrega del cheque no supone un pago en tanto no se haga efectivo y se obtenga entonces ese dinero debido.

Con la entrega del cheque no se conviene un pago condicional, sino que se está dilatando el momento del pago a un tiempo ulterior. Con la consecuencia de que en el interín no puede pretender el cobro extracambiarario y en consecuencia no corra el plazo de prescripción de las acciones para exigirlo.

Con la consecuencia también de que si entre el giro del cheque y su efectivo cobro, se produce una devaluación monetaria, las consecuencias en su caso de la diferencia de cambio son a cargo del deudor si no ha podido cobrar antes el acreedor, por ejemplo, por estar cerrado el Banco.

Bonet Correa (5) entiende que el criterio dominante que aparece a lo largo de las decisiones del Tribunal Supremo coincide con el criterio que ya sentó

(2) Así HAMEL, LAGARDE y JAUFFRET, en *Traité de Droit commercial*, tomo 2.º, París, 1966, págs. 757 y siguiente.

(3) *Ob. cit.*, pág. 757.

(4) Por ej. FEDERICO MORA, *El Cheque*, a. 1885, pág. 100.

(5) *Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170 del Código civil sobre el pago de las deudas de dinero*, en "Anuario de Derecho civil", año 1971, pág. 1106.

una Orden de 23 de marzo de 1869, en cuyo artículo 2.º estableció el módulo del "cambio corriente del día del pago" (sentencias de 10 de marzo de 1925, 3 de julio de 1936, 9 de noviembre de 1957, 6 de abril y 8 de junio de 1963).

Díez Picazo (6) llega a las conclusiones siguientes: la valoración debe referirse al momento de exigibilidad de la obligación; en caso de mora del deudor debe éste soportar la pérdida del valor de la moneda; si la mora es del acreedor, o en caso de retardo fortuito, la pérdida de valor no debe ser a cargo del deudor.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de noviembre de 1957, parece seguir el criterio de que tal cambio ha de referirse al día de la exigibilidad de la obligación (7).

En la sentencia que comentamos de 6 de abril de 1973, al confirmar el fallo de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife, admite, conforme a la sentencia de ésta de 3 de febrero de 1972, que el cambio debe referirse a la cotización oficial en el momento del pago.

Pero, además, con la aceptación del cheque el acreedor está asumiendo la obligación de observar una cierta conducta dirigida al cobro de la cantidad por la que se extiende este documento (8), conducta que habrá de ser diligente si quiere evitar un posible perjuicio para su patrimonio, y todo ello con alcance distinto, según que el cheque recibido esté girado por el deudor o por otra persona a favor del deudor, limitándose éste a endosarlo a favor del acreedor.

El Código de Comercio, en su artículo 537, dispone que:

"El portador de un mandato de pago deberá presentarle al cobro dentro de los cinco días de su creación, si estuviere librado en la misma plaza, y a los ocho días si lo fuere en otra diferente.

El portador que dejare pasar este término, perderá su acción contra los endosantes, y también la perderá contra el librador si la provisión de fondos hecha en poder del librado desapareciere porque éste suspendiera los pagos o quebrase."

Y el 538, a su vez, que: "El plazo de ocho días que fija el artículo anterior para los mandatos de pago librados de plaza a plaza, se entenderá ampliado hasta los doce días de su fecha para los librados en el extranjero".

De acuerdo con lo que venimos exponiendo se nos aparece lleno de lógica y en armonía con el sistema el artículo 1.170 del Código civil, conforme al cual:

(6) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1.º, pág. 476.

(7) También interesa en esta materia la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1971. Puede verse esta Sentencia y las citadas en el texto en mi obra *La contratación en España por extranjeros*, 3.ª ed. Madrid, 1973, págs. 265 y ss., notas 161 y 162. Véase el comentario de DÍEZ PICAZO a la Sentencia de 30 de enero de 1971, en "Anuario de Derecho civil", año 1971, págs. 1047 y ss.

(8) En contra, GARRIGUES (*Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, 5.ª edición. Madrid, 1968, pág. 823), que entiende que el tomador no asume ninguna obligación por el hecho de admitir un cheque como medio de obtener el pago.

“El pago de las deudas de dinero deberán hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España.

“La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado.

“Entretanto, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.”

c) El propio artículo 1.170 del Código civil parece resolver el problema de si la entrega del cheque en lugar de dinero implica o no una novación extintiva de la obligación primitiva de pago del precio en dinero.

La cuestión podría tener su importancia:

De existir novación extintiva de la primitiva obligación de pago de precio, en caso de impago del cheque, el vendedor sólo tendría las oportunas acciones derivadas del mismo. Mas no podría ejercitar una acción resolutoria del contrato de compraventa; si se tratará de un precio aplazado novado extintivamente por el cheque, perdería el vendedor las garantías que se hubiesen podido prever para el caso de impago del precio en dinero (cfr. art. 1.207 C. c.); y en caso de concurso de acreedores de este comprador perdería asimismo el privilegio a que se refiere el artículo 1.922, núm. 1.º, C. c., si se tratase de bienes muebles.

El artículo 1.170 del Código civil parece resolver el problema en sentido negativo. La entrega del cheque no produce los efectos extintivos del pago. Para ello es necesario que el cheque sea cobrado, es decir, que sea recibido por el vendedor el dinero pactado. Ciertamente que la entrega del cheque ejerce su influjo en la obligación primitiva según hemos visto en el apartado b) de este comentario, pero dicha obligación no queda extinguida hasta el momento del cobro del cheque o de su perjuicio por culpa del acreedor. En el interín, lo que hay es una suspensión o un paréntesis en la posibilidad de ejercicio de las acciones derivadas de la primitiva obligación y que sólo se cesará cuando el cheque haya sido impagado. Hasta este momento queda también en suspenso el plazo de prescripción de las acciones derivadas de la obligación primitiva (9).

(9) Pero la entrega del cheque no suspende los plazos de caducidad establecidos en diversas normas. Así lo entendió el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de febrero de 1973 en un caso de ejercicio de retracto arrendaticio urbano, en la que el retrayente consignó el precio dentro del plazo mediante talón bancario que fue realizado transcurrido el plazo para la consignación. En su tercer Considerando declara:

“Que la doctrina de esta Sala, manifestada en Sentencias de 5 julio 1944, tiene resuelto, que la entrega de un cheque, o una letra de cambio y caso idéntico es el del talón bancario, no puede equipararse a la consignación del precio, ya que para surtir efectos liberatorios de la obligación de reembolso, que impone el artículo 1.518 del Código, ha de hacerse en dinero, pues los documentos bancarios sólo producen los efectos del pago, cuando hubieran sido realizados, como ordena el artículo 1.170 del Código civil, y en el caso de autos esto tuvo lugar el 17 marzo 1969, en que se ingresó en la Caja de Depósitos el importe del talón, lo que acredita que el reembolso se hizo, fuera del término

Ocurre, sin embargo, en la práctica que aun recibiendo sólo un cheque y no dinero contante, el vendedor da carta de pago del precio. ¿Puede afirmarse en este caso que hay novación?

También aquí la respuesta debe ser negativa en base a argumentaciones ya expuestas por Laurent (10), al ocuparse del caso en relación con el Código de Napoleón, y que aún hoy son válidas. Es en este caso cuando puede afirmarse que la carta de pago del vendedor es condicional, condicionada al efectivo cobro del precio. No pretendemos decir que hay un pago condicional, sino una "carta de pago" condicional. Ciertamente que la condición no aparece apuesta de un modo expreso. Pero, como dice Laurent (11), ello sería inútil, mejor diríamos innecesario, ya que los cheques no satisfechos no son más que un pedazo de papel, y si se recibe un cheque es precisamente, y no hay que insistir sobre ello, para cobrarlo. ¿Será necesaria una explícita declaración para entender que el acreedor no quiere declararse pagado con un simple trozo de papel? Que el acreedor declare al aceptar el cheque que el pago será válido y definitivo sólo cuando sea satisfecho, es tan obvio que debe sobreentenderse aunque no se exprese.

La novación extintiva, empero, se producirá cuando de un modo expreso el vendedor así lo declare, lo que no es probable, aunque posible. Salvo en esta excepcional hipótesis, repetimos, no habrá novación.

ii) En los casos de entrega de cheque para pago del precio de la venta, decíamos antes que se producía necesariamente un lapso de tiempo mayor o menor, según los casos, entre el otorgamiento de la venta y el efectivo cobro del precio por el vendedor. En este período intermedio ¿puede el comprador "congelar" el cheque?; en otros términos, ¿puede el comprador ordenar al Banco librado que no pague el cheque?

En principio debemos contestar que no. Sería contrario a la buena fe; sería una vulneración de lo pactado libremente por el mismo comprador. Y es por esto por lo que como regla general rechazamos tal posibilidad. No porque la congelación del cheque constituya delito de estafa como parece afirmar Garrigues (12), sino porque el comprador debe cumplir lo expresamente pactado y queda obligado a todas las consecuencias que según la naturaleza del pacto sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, como reconocen los artículos 1.258 del Código civil y 57 del Código de Comercio. Revocar sin justa causa el cheque vulneraría esas normas.

de caducidad establecido, por el párrafo 2.º del artículo 48 de la Ley, y por ello ya caducada la acción, por cuyo motivo, se impone la estimación del recurso, sin necesidad de estudio de los demás formulados y en su consecuencia dejar sin efecto la sentencia recurrida y con revocación de la de Primera Instancia, desestimar la demanda de retracto, absolver al demandado de la misma, con las costas de primera instancia a los actores, sin costas en la apelación ni en el recurso y con devolución del depósito constituido."

(10) *Principii di Diritto Civile*, 2.ª ed., vol. XVIII, Milán, 1897.

(11) *Op. cit.*, pág. 236.

(12) Asimilándolo a la emisión de un cheque sin provisión de fondos, en *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo II, título valores..., Madrid, 1955, página 659.

No puede afirmarse "a priori" que tal revocación sea acto delictivo. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema: en Sentencia de la Sala 2.^a, de 6 de mayo de 1959, afirma "que sin previa definición legal no puede reputarse delito la orden expresa del procesado de que no se hiciese efectivo el cheque de que se trata, por exigirlo así los artículos 1.º y 33 del Código penal; y en Sentencia de 22 de febrero de 1968, también de la Sala 2.^a, considera que este supuesto no encaja en la figura del cheque en descubierto del artículo 535 bis del Código penal y es penalmente atípico, lo que no obsta para que pueda existir en algún caso concreto un delito de estafa, como reconoce la última de las sentencias citadas, si "produce el incumplimiento del pago (sic), con la consecuencia de quebrantar el patrimonio del acreedor, a medio de indudable mala fe, que dé vida al elemento culpabilista del engaño..." (13).

(13) Dice así el 2.º Considerando de esta Sentencia:

"Que si se aplicare esta conclusión al supuesto estudiado, habría de estimarse el único motivo del recurso formulado por el procesado condenado por dicho delito, por ser el hecho atípico, ya que habiendo realizado consumiciones en una sala de fiestas de madrugada, para pago de las mismas entregó cuatro cheques, y al siguiente día "con inequívoco afán de lucro", dio orden al Banco librado de que no se atendiera su pago, como ocurrió, defraudando al acreedor en 5.700 pesetas, pues al tener provisión de fondos, faltaba como se dijo, un requisito objetivo del tipo, que impide su punibilidad a pesar de ser reprochable esa conducta, por partir de acreedor capaz económicamente, que deja sin efectividad la "datio in solutum" otorgada en cumplimiento de su obligación; pero no puede ignorarse, sin embargo, que tal actuación, sí produce el incumplimiento del pago, con la consecuencia de quebrantar el patrimonio del acreedor, a medio de indudable mala fe, que dé vida al elemento culpabilista del engaño, puede estar incurso en el delito de estafa del artículo 529, número 1.º, del C. p., sin que sea preciso a tal fin interpretar estrictamente la cronológica del engaño con preferencia a la entrega de la cosa, al sustentarse tal delito en el deseo de defraudar, siendo suficiente sólo que preceda al efectivo desplazamiento patrimonial, que resulta el contenido material y típico del delito de estafa, por lo que basta, para su existencia, que el ardid engañoso sea en el tiempo anterior a la defraudación lograda, con independencia de la entrega primaria de los objetos materiales, pues tal interpretación tiene su apoyo en la mejor doctrina científica, en la unidad conjunta del dolo tan necesario y en la doctrina de las sentencias de esta Sala, de 8 mayo 1958 y 10 febrero 1964, que se apoyan en la estructura ideológica de la estafa, y su tipificación sobre la base del "que defraudare a otro" y en que la defraudación requiere un proceso de actividades que se perfeccionan y consuman al burlar el crédito, no al obtener materialmente la cosa, incriminando la primera de ellas en la estafa, un hecho similar al aquí estudiado, que parificó las conductas de no provisión de fondos para obtener dinero, y la de defraudar por impago, de consecuencias jurídicas idénticas para los dos sujetos del delito, puesto que para el activo supuso un lucro aunque de carácter subsiguiente, y para el pasivo un perjuicio real de matiz defraudatorio; todo lo que conduce a entender, que como el procesado, luego de haber realizado las consumiciones, en la sala de fiestas, que le fueron servidas porque extendió los cheques para su pago, pleno de ánimo de lucro, y sin otra causa ni razón alguna que la de defraudar a su acreedor, bloqueó la cuenta; es evidente que produjo un engaño en la buena fe del acreedor, que fue la única razón de generar la defraudación, y que inició al consumir bajo el señuelo de los cheques, y consumó al bloquear su cuenta, por lo que su conducta debe incriminarse en el delito de estafa citado, en atención a la doctrina indicada, pero como este delito por su cuantía lleva consigo, de acuerdo con el artículo 528, núm. 3.º, la pena de arresto mayor, que por ser reincidente se señalaría en el grado má-

"A priori" el bloqueo o congelación del cheque no es acto delictivo (14). Es más, si admitimos que la entrega del cheque provoca una dilación en el pago puede ocurrir que en el período intermedio desde el otorgamiento de la venta hasta el efectivo pago se produzcan algunas de las hipótesis que contempla el artículo 1.502 del Código civil aplicable entonces por analogía.

Podría pensarse, y así lo entendió el recurrente en el caso origen de la Sentencia de 6 de abril de 1973 que comentamos, que podría suspender el pago del precio, lo que en el caso de entrega de cheque se puede alcanzar con la revocación de la orden de pago al Banco librado, es decir, con la congelación del cheque o bloqueo de la cuenta contra la que se gira. El problema es el de si efectivamente se dan en este caso los supuestos del referido artículo, cuestión civil que parece fue resuelta en sentido negativo.

Pero, salvo en hipótesis en que haya justa causa, no creemos admisible la facultad del deudor de "congelar" el cheque o bloquear su cuenta.

Para llegar a esta conclusión no nos servirían las distintas teorías sobre la naturaleza del cheque o del contrato de cheque comúnmente expuestas por los autores que se ocupan de este mandato de pago.

Como es sabido, la doctrina distingue las relaciones entre librador del cheque y Banco librado, y entre librador del cheque y tenedor del mismo.

Entre el librador y el Banco media el llamado contrato de cheque o de disponibilidad de fondos mediante cheque. Langla (15) distingue la relación interna subyacente (que puede ser depósito irregular, cuenta corriente, apertura de crédito, etc.) y la relación propiamente cambiaria de cheque. Esta relación presupone unos fondos disponibles en poder del librado o, como dice este autor (16), debe existir un crédito líquido y exigible, y además un pacto expreso merced al cual haya contraído el librado la obligación de pagar en la

ximo, superior a la de multa impuesta por el delito de cheque en descubierto, según la escala de penas del artículo 27 del C. p., no cabe acogerse "in pejus" esta adecuada calificación, por impedirlo el artículo 902 de la L. E. Crim. y el criterio de la pena justificada que ha de acatarse imperativamente, dejando por ello vigente la sentencia recurrida por más favorable al recurrente."

(14) Después de la reforma del Código penal por Ley de 15-XI-1971, el artículo 563 bis b) dice así:

"Artículo 563 bis b). Será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 5.000 pesetas:

1.º El que librare, con cualquier finalidad, cheque o talón de cuenta corriente sin que en la fecha consignada en el documento exista a su favor *disponibilidad de fondos* bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo.

2.º El que, habiendo librado un cheque o talón con provisión, *retirase* los fondos o parte de ellos, impidiendo su pago.

3.º El tomador del efecto que lo entregare a otro con cualquier fin, a sabiendas de su *falta de cobertura*.

No obstante lo dispuesto en los números anteriores, quedará exento de responsabilidad penal el librados del cheque o talón que hiciere efectivo su importe a partir de la fecha de su presentación al cobro.

Lo ordenado en este artículo deberá entenderse salvo el caso previsto en el artículo 529, número 1 de este Código."

El texto refundido del Código penal publicado por Decreto de 14 de septiembre de 1973, mantiene este artículo con su misma numeración, 563 bis b), y con su misma redacción.

(15) *Manual de Derecho Mercantil Español*, tomo 2.º, Barcelona, 1954, página 454.

(16) *Ob. cit.*, pág. 453.

forma que el cheque supone; exige (17) la preexistencia de un saldo de dinero con que pagar y el acuerdo de voluntades por virtud del cual se compromete el librado a abonar, por cuenta del emitente de cheques, las cantidades indicadas en ellos.

El librado con quien se obliga es con el librador del cheque (18). Y la naturaleza jurídica de este contrato es la del mandato según su opinión doctrinal, que cuenta con ilustres partidarios (19). Quizá fuese más correcto configurarlo dentro de la amplia categoría de los de gestión en los que también se encuadra el mandato. Por supuesto que nos referimos al contrato de cheque y no al título respecto de cuya emisión el contrato es un presupuesto.

Cuando el cheque emitido no sale del propio círculo del librador o de personas a su servicio actuando para él, no plantea importantes problemas la "congelación" del cheque o bloqueo de la cuenta. Tampoco, a los efectos del presente comentario, en casos de robo, hurto o extravío del cheque.

Pero cuando el cheque emitido se halla legítimamente en manos de un tercero, extraño al contrato de cheque, cobra toda su gravedad la cuestión que examinamos. De ahí que hagamos una referencia a las relaciones entre librador y tomador.

También aquí podríamos ver una relación interna subyacente (por ejemplo, compraventa), que generalmente se trata de consumir o desarrollar con la entrega del cheque. Y una relación propiamente cambiaria surgida con la entrega misma del cheque.

Concretándonos a esta última, cuando el librador entrega el cheque al tomador, ¿está cediendo a éste un crédito contra el Banco librado?, ¿está delegando en el Banco la deuda de aquél frente al tomador?, ¿está delegando simplemente el pago?

La tesis de la cesión es bastante sugestiva (20). Si fuese aceptable, el:

(17) *Ob. cit.*, pág. 454.

(18) Precisamente porque es evidente que el Banco librado sólo quiere obligarse frente al librador es por lo que no puede aceptarse que haya aquí una estipulación a favor de tercero siendo tercero el tomador del cheque.

(19) Así, LANGLE, *ob. cit.*, págs. 454 y sigs., rectificando su opinión anterior. GARRIGUES, *ob. cit.*, pág. 619, lo considera como un contrato complejo, y al cheque como título lo configura como mandato de pago, no en sentido de contrato de mandato, sino de orden de pago.

(20) Conectada con ella está la tesis de que el cheque se produce "cesión de provisión" a favor del tomador y sucesivos portadores del cheque, cuestión ésta dudosa en nuestro Derecho y sobre la que conviene alguna precisión. En primer lugar, como dice MORA (*ob. cit.*, pág. 70, nota), que cuando se habla de ceder la propiedad de la provisión (o cesión de la provisión) se quiere expresar la cesión del crédito que tiene el librador frente al librado como consecuencia de la provisión.

En favor de la cesión de la provisión al portador del cheque podría invocarse el artículo 537, párrafo 2.º del Código de Comercio, al desplazar en el patrimonio del portador las consecuencias de la pérdida de la provisión de fondos en el librado por suspensión de pagos o quiebra de éste.

MAJADA (*ob. cit.* en nota 21, página 87), invoca este mismo precepto para negar la cesión de la provisión.

VICENTE Y GELLA (*Los títulos de crédito en la doctrina y en el Derecho positivo*, 2.ª ed., Zaragoza, 1942, pág. 354) admite la cesión de la provisión, "pero la efectividad de aquel derecho la determina la presentación del título al librado".

Banco librado quedaría vinculado desde que el cesionario tomador del cheque le notificase la cesión (cfr. arts. 1.527 del Código civil y 347 del Código de Comercio), lo que en la práctica ocurriría con la presentación del cheque. Esto hace que aun aceptando esta idea, si no hubiera otra argumentación, el librador podría "congelar" el cheque antes de la presentación de éste al librado. No es grave obstáculo a la teoría de la cesión la afirmación usual de la doctrina (21) de que el Banco librado no quiere obligarse sino frente al librador, y no es grave obstáculo porque esto es lo que ocurre generalmente en toda deuda. El deudor sólo quiere vincularse, obvio es decirlo, con su acreedor, y es por ello por lo que se hace precisa la cesión del crédito y su notificación al deudor para que éste quede obligado frente al cesionario (22).

No hay una propia delegación de deuda en los casos generales, que, ésta sí requeriría la aceptación por el Banco librado. Por supuesto que si indagamos la voluntad del acreedor (en nuestro caso el vendedor) éste se mostraría conforme en que su deudor fuese sustituido por un Banco. El propio deudor (en nuestro caso el comprador), ni que decir tiene que no pondría reparos a esa sustitución. Claro está que el Banco, el presunto nuevo deudor, también tiene la palabra, y es precisamente éste el que normalmente no ha asumido la deuda. De producirse tal delegación no podría ya el Banco negarse al pago alegando haber recibido orden de "congelación" del cheque, puesto que sería ya el propio Banco el directamente obligado en virtud de la delegación pasiva de deuda aceptada por el.

Garrigues (23) parece admitir que lo que hay no es una delegación de crédito ni de deuda sino una delegación de pago en la que el librado delegado no asume ninguna obligación propia frente al tomador. Entiende Garrigues (24) que desde el punto de vista del librador hay frente al tomador una indicación de pago y frente al librado un mandato de pago (25). Si esta teoría estuviese en lo cierto no nos aportaría por sí misma nuevos elementos para resolver en forma satisfactoria el problema que nos preocupa.

En general preferimos huir de las construcciones dogmáticas y refugiarnos en la realidad misma de la relación que el negocio jurídico trata de regular, en el fin práctico que se proponen las partes y en las normas que protegen la buena fe y la seguridad en el tráfico jurídico. Y así volveremos a las conclusiones que sentábamos al principio: de conformidad en lo fundamental con los artículos 1.258 del Código civil y 57 del Código de Comercio, el librador, en este caso el comprador, no puede por regla general, revocar la orden de pago,

Realmente la postura que se adopte a propósito de si existe cesión de crédito con la entrega del cheque, puede proyectarse en este tema relativo a la "cesión de la provisión".

(21) Por ejemplo, MAJADA, *Cheques y talones de cuenta corriente*, Madrid, 1960, pág. 69, y LANGLE, *ob. cit.*, pág. 456.

(22) GARRIGUES (*ob. cit.*, pág. 609, nota) acepta la tesis de BONELLI de que la cesión no sería en modo alguno compatible con la supervivencia del crédito primitivo, siendo así, que generalmente se advierte que el título no se presume transmitido ni recibido "in solutum". Y considera estas ideas de acuerdo con el sentido del artículo 1.170 del Código civil español.

(23) *Ob. cit.*, pág. 614 y siguiente.

(24) *Ob. cit.*, pág. 615.

(25) El artículo 1.162 del Código civil podría reforzar esta tesis.

es decir, no puede "congelar" el cheque, no puede bloquear su cuenta, a menos que hubiese justa causa.

Si no habiendo justa causa se "congela" el cheque por el librador, puede haber base para una querrela criminal por estafa, si en el caso concreto se dan los requisitos de esta figura de delito a la que antes hemos hecho una ligera referencia. No siempre ocurrirá esto. Desde el punto de vista jurídico-privado, que es el que ahora nos interesa, se cierra el paréntesis de la suspensión de las acciones derivadas de la obligación primitiva, que ya podrán ejercitarse.

Para ello es conveniente el protesto en forma del cheque, a fin de obtener prueba auténtica de su falta de pago y evitar que el deudor niegue el hecho e incluso se alegue en su caso el perjuicio del cheque.

Sin embargo, aun siendo conveniente, creemos que el hecho de la "congelación" del cheque podrá probarse por cualquier medio.

El vendedor, en el contrato a que se refiere nuestro comentario, podrá, a su elección, exigir el pago del precio o promover la resolución del contrato y reclamar daños y perjuicios, en este último caso al amparo del artículo 1.124 del Código civil, si, como será lo más frecuente, no se pactó condición resolutoria explícita para el supuesto de no realización del cheque que le permitiera acudir al cauce del artículo 1.504, si de bienes inmuebles se trata.

En el caso de la Sentencia, el señor Teng Bo Khoe optó por exigir el pago del precio más la indemnización de daños y perjuicios, y su pretensión en este sentido fue estimada.

e) En las posiciones jurídicas del portador, librador y librado se pueden introducir ciertas limitaciones para el ejercicio de sus respectivos derechos, generalmente establecidas por razones de garantía y a las que nos vamos a referir brevemente:

Para el tomador o portador del cheque supone una cierta limitación en el ejercicio de sus facultades de cobro el cruzamiento del cheque en las formas admitidas en el artículo 541 del Código de Comercio, por cuanto con el mismo no podrá ya el tomador o portador presentarse directamente en el Banco librado a cobrar su importe, sino que deberá efectuar el cobro a través del ingreso del mismo en cuenta corriente en el Banco donde la tenga, que será el que se encargará de gestionar el cobro, no importa qué Banco cuando el cruzamiento sea general, o a través de Banco o sociedad determinada si así se expresase en el cruzado. El inconveniente para el tenedor de cheques radica fundamentalmente en que con este cruzamiento se dilata todavía más el momento del efectivo cobro de su derecho.

Para el librado y para el librador suponen una limitación, la llamada "certificación" del cheque que no debe confundirse con el "visado" del mismo.

El "visado" es una nota firmada que el Banco librado estampa en el dorso del cheque, en la que viene a afirmar que en la fecha de la nota, el librador del cheque tiene fondos suficientes en la cuenta para su pago. No es más que esto. El Banco no asume ninguna obligación especial, ni el librador ve limitados los derechos que le puedan corresponder sobre la "revocación" o "congelación" del cheque si hay justa causa para ello.

El "visado" viene a ser una "nota informativa" que ofrece el Banco sobre

el estado de fondos de la cuenta contra las que se carga. El cheque "conformado" es un cheque "visado".

Distinta es la "certificación" del cheque. Aquí, el Banco, en nota firmada, asevera que pagará su importe al legítimo tenedor del cheque, quedando bloqueada la provisión en beneficio del portador durante el plazo en que según el Código de Comercio, en sus artículos 537 y 538, debe ser presentado al cobro. Esta modalidad de cheque es muy empleada en EE. UU. de Norteamérica. En Francia se introdujo por Ley de 28 de febrero de 1941. Los autores ponen de relieve que la forma de la certificación por el Banco es análoga a la aceptación en la letra de cambio. ¿Cabe en España el cheque certificado?

La dificultad mayor arranca del precepto del artículo 539 del Código, según el cual el pago se asegura al librado en el acto de la presentación. Se trata de un título pagadero "a la vista". Pero que no exija aceptación, ni sea necesaria, no quiere decir que sea legalmente imposible, ya que la misma no es contraria al orden público (26).

Posiblemente habría que distinguir según que la certificación se estampare a instancia del librador o a instancia del portador. En el primer caso la certificación cumpliría una evidente finalidad de garantía muy útil cuando el tomador tiene que realizar una prestación equivalente, muy útil concretamente en el contrato de compraventa cuando el vendedor entrega el dominio de un inmueble de gran valor y el comprador pretende utilizar el cheque como medio de pago. Cuando el Banco certifica a instancia del librador, cabe interpretar que con tal solicitud el librador está convirtiendo las consecuencias esperadas de la misma, entre ellas el bloqueo de su provisión en beneficio del portador al menos durante los plazos de los artículos 537 y 538 del Código de Comercio. Por lo demás sigue en pie la regla del artículo 1.170 del Código civil: el pago no se entenderá hecho sino cuando el cheque sea efectivamente realizado, obligados cambiariamente quedarán librador y librado.

Si la certificación se extiende a instancia del portador, el tratamiento es distinto. Cuando éste presenta el cheque al Banco, en principio, si hay fondos en la cuenta del librador y no media orden en contra, lo que tiene que hacer el Banco librado es pagarlo, de conformidad con lo dispuesto en el antes citado artículo 539. Si el tomador prefiere en lugar del importe del cheque, un certificado o aceptación del librador es cosa suya; pero entonces cabe concluir que el librador se libera igual que si el cheque hubiese sido realizado porque con este certificado, como dice Mora (27), se produce "el mismo resultado que si el Banco realmente pagase al portador el importe del mandato, que éste depositase de nuevo a su crédito en el Banco la suma recibida, y que este establecimiento le entregase un certificado del depósito. Como consecuencia de esa operación, el Banco deja de ser deudor del primer deponente para serlo del tenedor del cheque, que puede reclamar el pago del mismo y tiene su acción expedita contra el Banco en cualquier tiempo aun después de transcurridos muchos años...".

(26) Cfr. MORA, *ob. cit.*, pág. 109.

(27) *Ob. cit.*, pág. 110. Aunque MORA, en el texto se refiere al Derecho norteamericano, quizá una jurisprudencia progresiva podría introducir este criterio en nuestro Derecho.

II. ADQUISICION, POR EXTRANJEROS, DE FINCAS EN ZONAS ESTRATEGICAS. LA AUTORIZACION DEL MINISTERIO DEL EJERCITO

Normas básicas en esta materia (28) son la Ley de 23 de octubre de 1935 y el Reglamento de 28 de febrero de 1936 (29), que prohíben a los extranjeros la adquisición de la propiedad de fincas o de derechos reales sobre las mismas situadas en las llamadas Zonas estratégicas, sin autorización del Ministerio del Ejército.

Tales Zonas son:

Islas españolas en general, Zona de Baleares, Zona del Estrecho de Gibraltar, Zona de Galicia (establecidas por la Ley y Reglamento citados), Zona de Canarias, Plazas de soberanía del Norte de Africa, Sahara (establecidas por el Reglamento citado), Zona de Cartagena (establecida por Decreto de 26 de abril de 1936), Islas Chafarinas, Alhucemas y Peñón de Vélez de la Gomera (establecidas por Decreto de 21 de marzo de 1958).

Se exceptúan de la prohibición y consiguiente necesidad de autorización los actos que recaen:

a) *Sobre inmuebles sitios dentro del casco de las poblaciones y los incluidos en sus ensanches o zonas urbanizadas de las mismas aprobadas hasta la fecha de la publicación de la Ley de 23 de octubre de 1935, según resulta del artículo 4.º a) del Reglamento, que desarrolla la excepción que establece el artículo 2.º de dicha Ley, aunque extralimitándose, como veremos luego.*

b) *Sobre inmuebles sitios en Zonas o Centros de interés turístico. La declaración de Interés Turístico Nacional para la Zona o Centro lleva aparejados, entre otros efectos, la autorización exigida por la Ley de 23 de octubre de 1935, según establecen la Ley 197 de 28 de diciembre de 1963 sobre Centros y Zonas de Interés Turístico Nacional, artículo 17, núm. 1, e); su Reglamento de 23 de diciembre de 1964, artículo 62, núm. 1 e); y también en cuanto a Centros Turísticos, el artículo 26 del Texto Refundido de la Ley de Plan de Desarrollo Económico y Social, aprobado por Decreto de 15 de junio de 1972.*

c) *Sobre hoteles o urbanizaciones cuya realización sea aprobada por el Ministerio de Información y Turismo, puesto que según el artículo 26 del Texto Refundido de la Ley de Plan de Desarrollo antes citado, la aprobación por dicho Ministerio de la Realización de los proyectos de hoteles o urbani-*

(28) Véase con más detalle en mi obra citada, *La contratación en España por extranjeros*, pág. 345 y siguientes.

(29) La Ley de 12 de mayo de 1960, que invoca el recurrente en el primer motivo del recurso, impone la inscripción necesaria en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos por los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan en favor de extranjeros el dominio u otros derechos reales y concesiones administrativas sobre inmuebles en Zonas estratégicas. El Decreto-Ley de 22 de marzo de 1962, que también invoca el recurrente en el primer motivo, se refiere a la necesidad de autorización del Consejo de Ministros para la transmisión a extranjeros del dominio o derechos reales sobre fincas rústicas que pasen de cierta cabida, sitas en territorio español, que no sea Zona estratégica, ya que si radican en una de estas Zonas la normativa aplicable es la propia de éstas, como reconoce el artículo 5.º del Decreto-Ley y la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de agosto de 1962.

zaciones, lleva aparejada también entre otros efectos la autorización exigida por la Ley de 23 de octubre de 1935.

Conviene precisar:

1.º En cuanto a la excepción referida en primer lugar destaca la exigencia reglamentaria de que los ensanches o zonas urbanizadas de las poblaciones estuviesen aprobadas en la fecha de publicación de la Ley, restricción ésta que no figura en la Ley de 1935, que en su artículo 2.º se refiere, para incluirlas en su ámbito, a las propiedades que “estén situadas fuera de poblado y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas”.

Parece dudoso que el Reglamento pueda ampliar la restricción de la norma legal al añadir la exigencia antes vista, pero no impuesta por la Ley. Un Reglamento puede desarrollar una Ley, respetándola. Pero no puede modificarla.

El artículo 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935 exige la autorización militar para la adquisición por extranjeros de terrenos en Zonas estratégicas, siempre que estos terrenos se hallen fuera de poblado y no incluidos en sus ensanches o zonas urbanizadas.

Es decir, que según la Ley se excluyen de la necesidad de autorización las adquisiciones de terrenos: si están dentro de poblado o, si hallándose fuera están enclavados en sus ensanches o en sus zonas urbanizadas. Si estos ensanches o estas zonas urbanizadas hubieran de estar dentro de poblado sobra toda referencia a las mismas.

No hay limitación alguna en la Ley en cuanto al tiempo. Quiero decir que no se concreta la Ley a los poblados, ensanches o urbanizaciones existentes o aprobados antes de la publicación de la misma, sino que en este punto no hace distinción, por lo que cabe entender que también respecto de las aprobadas con posterioridad a la Ley quedará excluida la necesidad de autorización militar (en la compraventa de terrenos que ahora nos interesa, enclavados en las mismas, a favor de extranjeros).

El Reglamento de 1936 fue el que, excediéndose, modificó la normativa legal en la forma antes dicha. Pero si un Reglamento no puede modificar una Ley, menos puede hacerlo una Circular. Decimos estos porque una Circular del Gobierno Civil de la Provincia de Tenerife, de 2 de junio de 1971, publicada en el “Boletín Oficial” de dicha provincia, núm. 69, de 9 de junio de 1971, proclama (30).

(30) Dice así dicha Circular: “Gobierno Civil de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife.—Circular.—Como ampliación a la Circular de este Gobierno Civil de fecha 3 de febrero de 1971, “Boletín Oficial de la Provincia”, número 18, del 10, y en aclaración a si en las zonas urbanizadas por los Ayuntamientos con fecha posterior a la Ley de 23 de octubre de 1935, necesitan los extranjeros la autorización militar que señala dicha Ley y el Reglamento provisional para su aplicación de 28 de febrero de 1936, manifiesta el excelentísimo señor teniente general, jefe del Estado Mayor Central del Ejército, lo siguiente:

1.º No se precisará autorización militar para adquirir terrenos o inmuebles en aquellas zonas urbanizadas por los Ayuntamientos con posterioridad a la referida Ley, siempre y cuando las mismas estén en el casco de la población y su ensanche sea certificado por las Corporaciones Municipales.

2.º Será necesaria la autorización del Ministerio del Ejército (E.M.C.)

Que es necesaria la autorización del Ministerio del Ejército para todas aquellas urbanizaciones independientes alejadas de los centros de población y separadas de ellas por zonas rurales.

Que no se precisa la autorización militar para adquirir terrenos o inmuebles en aquellas zonas urbanizadas por los Ayuntamientos con posterioridad a la referida Ley, siempre y cuando las mismas estén en el casco de la población y su ensanche sea certificado por la Corporación municipal.

Como recuerda la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de septiembre de 1972, esta Circular de 2 de junio de 1971 no puede comprender a otros supuestos que los contemplados en la propia Ley, para aclararlos o interpretarlos. Si comprende a otros, decimos nosotros, se excede de su contenido, y en la medida en que se excede no debe ser tenida en consideración.

El recurrente, en el primer motivo, alegaba infracción de la Ley de 1935 y su Reglamento y otras leyes posteriores, como la de mayo de 1960 y el Decreto-Ley de marzo de 1962 (31), en base fundamentalmente de que las fincas objeto de la venta eran rústicas y se precisaba la autorización del Ministerio del Ejército.

En el séptimo motivo niega que las parcelas se hallaran sitas en una urbanización e invoca error de hecho del Juzgado resultante de documento auténtico, concretamente de una certificación del Ayuntamiento de Puerto de la Cruz, en donde se declara que no procede la aprobación del proyecto de urbanización de "Las Adelfas", por encontrarse en suelo rústico del vigente plan de ordenación urbana de Puerto de la Cruz y "por hallarse en estudio la revisión de éste sería conveniente que la presente urbanización quedase incorporada al mismo."

Pero en el cuarto considerando de la Sentencia que comentamos se declara que aparece acreditado en los autos que primeramente fue aprobado el plan de urbanización de "Las Adelfas", aunque después se pretendiera incorporarlo al general del Puerto de la Cruz. No aclara el Considerando la fecha de aprobación de la urbanización, ni se entra, por tanto, en el estudio de la restricción a que se refiere el artículo 4.º, a) del Reglamento de 28 de febrero de 1936.

2.º En cuanto a la excepción referida sub b), es de tener en cuenta:

para todas aquellas urbanizaciones independientes, alejadas de los centros de población y separadas de ellos por zonas rurales.

Lo que se hace público en este Periódico Oficial para conocimiento de los Alcaldes de los Municipios de esta Provincia.

Santa Cruz de Tenerife, 2 de junio de 1971.—El Gobernador Civil, Gabriel Elorriaga Fernández".

La circular anterior a que se refiere la transcrita, de 3 de febrero de 1971, publicada en el "Boletín Oficial" de dicha Provincia, de 10 de febrero de 1971, número 18, se limitaba a transcribir el artículo 4.º del Reglamento de 28 de febrero de 1936 y a recordar especialmente a los Ayuntamientos "la obligación ineludible de no conceder licencias de construcción de obras de cualquier clase al personal extranjero en las zonas señaladas en el citado artículo de dicho Reglamento en tanto no se hayan autorizado dichas obras por el Estado Mayor Central del Ejército".

(31) Este Decreto-Ley se refiere a adquisición de fincas rústicas, pero no en zonas estratégicas, según explicamos en nota 29.

Que hasta el presente no ha sido declarada ninguna Zona Turística de Interés Nacional. Sí, en cambio, Centros de Interés Turístico Nacional, concretamente, con el Decreto de 2 de abril de 1973, publicado en el "B. O. del Estado" de 2 de mayo de 1973, referente a Playas de Fornells, Mercadal (Baleares); el número de Centros de Interés Turístico Nacional asciende a 72.

Pero, repetimos, no existe ninguna Zona de Interés Turístico Nacional declarada en forma.

El segundo Considerando de la Sentencia hace referencia a la excepción de que los terrenos estén situados "en zonas turísticas" y añade "es evidente que dado por probado que el terreno debatido se encuentra en zona exceptuada, sin que se haya combatido eficazmente tal declaración, obliga a desestimar el motivo; máxime si se tiene en cuenta que tal alegación no fue formulada en el oportuno período expositivo del proceso, que la constituye en cuestión nueva, no aducible en casación...".

3.º En cuanto a la excepción referida bajo la letra c), no nos consta que en el caso debatido concurrieran los requisitos de la misma, y, por otro lado, no ha sido tampoco invocada en el pleito.

No parece que en el presente caso existiese la segunda de las excepciones expuestas, y es dudoso que la primera se pudiera aplicar. En el supuesto de que tal excepción no fuese aplicable, y puesto que no se obtuvo autorización del Ministerio del Ejército, procede examinar la influencia que la falta de la misma puede ejercer en la eficacia de los negocios jurídicos de compraventa controvertidos.

Creemos que la falta de autorización no arrastra la nulidad de la compraventa. Esta producirá sus efectos, pero desatando las responsabilidades previstas en el artículo 17 del Reglamento de 28 de febrero de 1936 para los Notarios y Registradores que intervinieron en los mismos en el ejercicio de sus respectivas funciones; además, conforme al artículo 16 de dicho Reglamento, podrán incurrir los autores de la infracción en multas de cien a cinco mil pesetas, y la autoridad militar podrá imponer la expropiación forzosa de las fincas o derechos sobre las mismas objeto del negocio otorgado sin autorización.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de noviembre de 1967, para un supuesto de compraventa de terrenos sitos en Baleares, en su segundo Considerando declara que no entra en juego en este caso el artículo 4.º del Código Civil "por establecerse en el 16 del Reglamento de 23 de febrero de 1935 que en caso de incumplimiento de las disposiciones consignadas en la Ley de 23 de octubre de 1935, la autoridad gubernativa no sólo puede imponer a los contraventores determinadas sanciones económicas, sino que incluso está facultada para ordenar la demolición de las obras llevadas a cabo y la expropiación de las fincas adquiridas, con pérdida de la indemnización a que pudieran tener derecho, por todo lo cual el presente recurso debe ser desestimado".

Y en la Sentencia que comentamos, de 6 de abril de 1973, en el 2.º Considerando, rechaza la nulidad, teniendo en cuenta "también que las disposiciones alegadas tienen carácter administrativo y a sus órganos corresponde su determinación y ejecución, así como la exigencia de las responsabilidades que

señala en caso de su incumplimiento". Las disposiciones alegadas eran la Ley de 1935, su Reglamento, Ley de mayo de 1960 y Decreto-Ley de marzo de 1962.

Como dice De Castro (32), "el Tribunal Supremo ha mantenido su prudente criterio de atender al significado de las leyes, para considerar que sólo las de carácter sustantivo producen la nulidad y que, en los casos en que se decreta especialmente la nulidad sin tener dicho carácter, la sanción se limitará al ámbito estricto de lo que exige la finalidad de la Ley. (Por ejemplo, nulidad del efecto translativo real y validez en el ámbito obligacional.)

Por otro lado, como recuerda el profesor De Castro (33), en la interpretación del artículo 4.º del Código civil, el Tribunal Supremo entiende que "no ha de ser interpretado con criterios rígidos, sino, como enseña la doctrina científica, con criterio flexible, y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la Ley sean ordenados de modo expreso y textual... (S. 8 abril 1958, también S. 8 marzo 1966)".

En el segundo Considerando de la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo estima que la Ley de 1935 y su Reglamento de 1936 son de carácter administrativo, e implícitamente reitera el criterio de que su infracción no dará lugar a la nulidad del negocio.

Podría añadirse que al menos el Reglamento de 1936 reconoce ciertas consecuencias, antes expuestas, al negocio otorgado sin autorización, es decir, que aunque no de modo expreso y textual, implícitamente reconoce su validez.

III. TRADUCCION DE LAS ESCRITURAS PUBLICAS A IDIOMA EXTRANJERO

Conforme al artículo 148 del Reglamento Notarial, "los instrumentos públicos deberán redactarse necesariamente en idioma español..."—El artículo 150 del propio Reglamento Notarial se refiere al caso en que el extranjero no entienda el idioma español. Según este artículo, "cuando se trate de extranjeros que no entiendan el idioma español, el notario autorizará el instrumento público si conoce el de aquéllos, haciendo constar que les ha traducido verbalmente su contenido y que su voluntad queda reflejada fielmente en el instrumento público—. También podrá, en este caso, autorizar el documento a doble columna en ambos idiomas, en forma similar a la que se establece en el artículo anterior, si así lo solicitare el otorgante extranjero, que podrá hacer uso de este derecho aun en la hipótesis de que conozca perfectamente el idioma español. Cuando los extranjeros no conozcan el idioma español y el Notario, a su vez, no entienda el de aquéllos, la autorización del instrumento público exigirá la asistencia de intérprete oficial, que hará las traducciones verbales o por escrito que sean necesarias, declarando bajo su responsabilidad en el instrumento público la conformidad del original español con la traducción. De acuerdo con lo que antecede, el Notario que conozca un idioma extranjero

(32) *El negocio jurídico*, Vol. X del *Tratado Práctico y crítico de Derecho civil*, Madrid, 1967, pág. 473.

(33) *Ob. y loc. cit.*

podrá traducir los documentos escritos en el mencionado idioma, que precise insertar o relacionar en el instrumento público. Cuando en un instrumento público hubiere que insertar documento, párrafo, frase o palabra de otro idioma o dialecto, se extenderá inmediatamente su traducción o se explicará lo que el otorgante entienda por la frase, palabra o nombre exótico. Están fuera de esta prescripción las palabras latinas que tanto en el foro como en el lenguaje común son usuales y de conocida significación”.

Queremos aclarar que cuando el Reglamento se refiere al idioma del compareciente extranjero, y a la posibilidad de que el Notario que conozca aquel idioma pueda autorizar el instrumento, se está refiriendo no al idioma nativo, no al idioma oficial del país cuya nacionalidad ostente, sino en general al “idioma que sepa el compareciente”, sea o no su idioma nativo o el idioma oficial del país cuya nacionalidad ostente, e independientemente de que el compareciente conozca además otros idiomas extranjeros. Basta, pues, con que el Notario conozca uno de los idiomas que hable el compareciente, que pueda dialogar con él, y traducirle a dicho idioma el instrumento público redactado en castellano, para poder prescindir en estos casos del requisito del intérprete oficial. Por tanto, una vez más, a estos efectos notariales, idioma del compareciente es igual a idioma que sepa o conozca el compareciente.

Los problemas surgirán cuando el Notario no conozca el idioma del compareciente, y éste no entienda el idioma español. Habrá que acudir entonces al “intérprete oficial” a que alude el párrafo del artículo 150 del Reglamento Notarial.

La doctrina se ha preocupado de dar solución a los casos en que haya urgencia y no sea posible acudir al “intérprete oficial”, así como de precisar que ha de entenderse por “intérprete oficial” (34).

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido a solucionar muchas de las dudas planteadas, en una Resolución de 8 de octubre de 1965, en la que evacuaba consulta formulada sobre el particular por la Junta Directiva del Colegio Notarial de Granada. Esta Junta informó en el sentido que por “intérprete oficial” ha de considerarse “a toda persona que posea título expedido por Centros de Enseñanza en España que les habilite en el conocimiento de la lengua extranjera, entre ellos a los funcionarios de la Oficina de Interpretación de Lenguas, los Corredores Intérpretes marítimos, los Catedráticos y Profesores de Universidad, Instituto o Escuela dedicados a la enseñanza de idiomas autorizados por el Estado, los Cónsules o Diplomáticos españoles o extranjeros, y los Intérpretes autorizados por el Ministerio de Información y Turismo. La referida Resolución se pronuncia en los siguientes términos:

“Visto el artículo 50, párrafo tercero, del Reglamento Notarial, y

Considerando que la falta de intérpretes oficiales en algunas localidades, que priva a los Notarios de la asistencia técnica para el otorgamiento de instrumentos públicos por extranjeros, prevista en el artículo 150 del Reglamento Notarial, puede ser remediada a través de las disposiciones contenidas en el Reglamento de la Carrera de Interpretación de Lenguas y de Intérpre-

(34) Véanse citas en mi obra *La contratación en España por extranjeros*, páginas 220 y siguientes.

tes en el Extranjero, aprobado por Real Decreto de 27 de abril de 1900, cuyos artículos 48, 49 y 50 determinan que el nombramiento de los Intérpretes Jurados que sean necesarios en las provincias continuarán expidiéndose por el Ministerio de Estado (hoy Asuntos Exteriores); que las solicitudes se remitirán por conducto del Gobernador de la provincia, acompañando el informe de éste sobre la necesidad del Intérprete; que se practicará un examen por la Interpretación de Lenguas, cuya fecha de celebración anual ha sido fijada por la Orden de 24 de abril de 1959, y que una vez obtenido el nombramiento el interesado prestará juramento de ejercer fielmente y en conciencia su profesión.

Considerando que la exigencia de que sea "oficial" el intérprete que asista al otorgamiento por extranjero de un instrumento público, cuando el Notario desconozca el idioma de aquél, está determinada porque en tales casos el intérprete no se limita a hacer la traducción, sino que ha de declarar, bajo su responsabilidad, en la escritura, la conformidad del original español con la traducción, lo que implica un desplazamiento de la responsabilidad, que la contrae el intérprete y no el Notario; el cual, por ello, debe rechazar para este menester a toda persona, aunque tenga un conocimiento perfecto del idioma de que se trate, que no ostente el título correspondiente para el ejercicio de la profesión reglamentada por las leyes.

Esta Dirección General ha tenido a bien declarar que son intérpretes oficiales a los efectos del artículo 150 del Reglamento Notarial los funcionarios de la Oficina Central de Interpretación de Lenguas, los Intérpretes Jurados, los Corredores Intérpretes de Buques, los Catedráticos y Profesores de Universidad, Institutos y Centros Oficiales que tengan a su cargo la enseñanza del idioma de que se trate, los Agentes Diplomáticos y Consulares y los Intérpretes del Ministerio de Información y Turismo."

En el caso que nos ocupa, resuelto por la Sentencia de 6 de abril de 1973, el recurrente invocó en el tercer motivo la infracción por incumplimiento del artículo 4.º del Código civil en relación con el 150 del Reglamento Notarial, y a su vez en relación con el 1.217 del Código civil.

"No ha intervenido ningún intérprete; creemos que el Notario ignora el alemán", dice el recurrente.

Y considera existente un vicio de nulidad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil.

Cabe distinguir:

1.º Que el compareciente entienda el idioma español, o no entendiéndolo se le traduzca el documento al español o a otro idioma que conozca el compareciente, bien sea hecha la traducción por el Notario o por otra persona autorizada, aunque en la escritura no se consigne circunstancia alguna relativa al conocimiento del idioma o a su traducción.

2.º Que no sólo no se consignent dichas circunstancias, sino que en la realidad ni el compareciente entendía el idioma español ni se tradujo a idioma por él conocido.

En el primer caso el compareciente tuvo pleno conocimiento de lo que consentía ante Notario, el negocio es válido por lo que a esta cuestión respecta.

Hay una infracción reglamentaria por parte del Notario autorizante, pero esta infracción no puede provocar la nulidad de la escritura, ni por supuesto del negocio en ella contenido.

El artículo 27 de la Ley del Notariado señala las causas de nulidad del instrumento público, y en la enunciación que hace no se comprende la omisión que ahora estudiamos.

Se trata, por tanto, de una pura infracción reglamentaria no sancionada con nulidad de la escritura.

En el segundo caso las consecuencias son más graves y cabe concluir que hay aquí falta de consentimiento que producirá más que la nulidad, la inexistencia del contrato por falta de uno de sus requisitos esenciales (cfr. art. 1.261 del Código civil (35)). Lo que ocurre es que esa falta de consentimiento hay que probarla.

Cuando el Notario silencia esta cuestión relativa al conocimiento del idioma o a la traducción, hay que presumir que el extranjero, que firma la escritura sin coacción y en su cabal juicio, ha tenido conocimiento de su contenido, bien porque conozca personalmente el idioma español en grado suficiente para enterarse de lo que firma, o porque alguien, Notario o intérprete, sea este último autorizado o no, le ha traducido el documento. Por otro lado, esta presunción puede encontrar su apoyo en la afirmación del Notario autorizante que figurará en la misma escritura con frases idénticas o parecidas a las de "así lo otorgan", "dicen", "prestan su consentimiento", "previa lectura por ... la aprueban", etc., y que abarca o comprende a todos los que ante él comparecen, y aun en el mero hecho de la firma por el compareciente extranjero.

El Tribunal Supremo parece admitir esta presunción en la Sentencia que comentamos, en cuyo tercer Considerando dice: "como quiera que la resolución impugnada declara que no se ha probado que el recurrente desconociera tal idioma (español), sin que esta declaración haya sido combatida eficazmente y el Notario autorizante da fe de que se cumplieron todos los requisitos de lectura y aprobación y otorgamiento por el señor Richartz, sin que se haga la menor alusión a la ignorancia después alegada; es evidente que no se ha demostrado la necesidad de aplicación de las normas aducidas y perece el motivo".

Sólo que en el caso de prueba del desconocimiento del idioma y falta de traducción, las normas aplicables no serían las aducidas por el recurrente, sino como se desprende de lo antes expuesto el artículo 1.261 y concordantes del Código civil.

FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ

(35) Sobre distinción entre inexistencia y nulidad, y acerca de la utilidad del concepto de inexistencia, véase DE CASTRO, *ob. cit.*, págs. 464 y siguientes.

II. SENTENCIAS

A cargo de Jesús DIEZ DEL CORRAL, Juan DE DIOS DOVAL DE MATEO, Gabriel GARCIA CANTERO, Julio GARRIDO AMADO, José POVEDA DIAZ, Ricardo RUIZ SERRAMALERA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. ABUSO DEL DERECHO: REQUISITOS: *Repite los que estableció la S. de 1944 y recogió la jurisprudencia posterior.* (Sentencia de 5 de junio de 1972; no ha lugar.)

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS, PROPIA DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA: *Es doctrina de esta Sala, que la interpretación del contrato es propia de los Tribunales de instancia y que debe pasarse por ella, aunque exista alguna duda.* (Sentencia de 29 de mayo de 1971, no ha lugar).

II. OBLIGACIONES.—En el motivo se trata de demostrar, analizando los actos anteriores, los simultáneos y los posteriores al contrato celebrado entre las partes, que el mismo no fue constitutivo de «venta» sino de «arrendamiento» del piso a que se refiere; estos argumentos fueron expresados en la instancia, pese a lo cual, tanto la sentencia del Juzgado como la de la Audiencia, han entendido que el contrato era de venta. Siendo realmente equívocos los argumentos que, al efecto, se emplean, ha de mantenerse la interpretación contractual efectuada, que representa un criterio imparcial y desapasionado, frente a otro exegético que el recorrido mantiene, con la intención subjetiva que le lleva a ver el contrato desde un punto de vista que supone una finalidad contraria a su propio texto y en pugna con la interpretación de la Sala, que debe respetarse ya que es reflejo del criterio sano e imparcial, no desvirtuado por los hechos expuestos en la demanda y en el recurso.

Ha de advertirse que en la sentencia de primer grado, aceptada por la Audiencia, se usó la prueba de presunciones, resolviéndola con una presunción, de que lo concertado fue una venta y no un arrendamiento, y aquí lo que se pretende es que dentro del recurso se formule la presunción contraria, esto es, que de los hechos anteriores coetáneos y posteriores, se deduzca que el contrato fue de venta; es imposible hacerlo así, por cuanto que los actos invocados pueden interpretarse en un sentido o en otro, lo que hace que la presunción a que se llega en la instancia, no sea irracional, carente de lógica y opuesta a las normas que regulan el criterio humano, por lo que la presunción que se solicita, en contra de la que ha sido formulada, no tiene razón suficiente para que sea atendida.

1. COMPRAVENTA: ACCIÓN RESOLUTORIA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO. *No aplicable a las cantidades adeudadas por gastos de hipoteca y de comunidad, aun-*

que así se haya pactado. Es preciso distinguir entre las cantidades adeudadas a cuenta del resto del precio y las que los gastos de hipoteca y comunitarios suponen; el vendedor estaba en su derecho de rechazar el pago si éste no comprendía ambas cantidades, pero no podía desnaturalizarlo, exigiendo que al mismo alcanzase el efecto resolutorio de la venta, que sólo a la parte del precio no pagado es aplicable, según el artículo 1.504 del Código civil.

Nota: Según la cláusula séptima del contrato de venta, debía reintegrarse al vendedor, conjuntamente con el pago del plazo final, el montante de los gastos de hipoteca y comunitarios satisfechos por el vendedor desde la fecha del contrato.

2. VENTA A COMISIÓN CON DEPÓSITO PREVIO: *Es un contrato de venta a comisión con depósito previo, la entrega de un conjunto de mercancías en calidad de depósito, motivando un «cargo» como si de venta perfecta se tratase, a reserva de la contabilización ulterior de aquellos abonos que la devolución de parte de muebles, sean cualesquiera las razones de este retorno, motivase ulteriormente.*

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE DENUNCIA POR DEFECTO DE LA MERCADERÍA: *Como los artículos 342 y 336 del C. de C. se refieren a la obligación que tiene el comprador de denunciar, dentro de ciertos plazos, los defectos de la cosa vendida, que son sólo aplicables a la compraventa mercantil perfecta, no cabe duda que tales preceptos son inaplicables al contrato apreciado, dado que el comisionista cesa en su responsabilidad en los casos previstos en el artículo 266 del dicho Código, sin fijación de plazo (Sentencia de 30 de septiembre de 1972; no ha lugar).*

3. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: CARACTER CIVIL DE LOS PRESTADOS POR DIRECTORES TÉCNICOS DE HOTELES: *La Orden de 24 de julio 1950 excluye expresamente de la jurisdicción laboral los casos litigiosos relativos a los directores técnicos de hoteles, de donde se deriva su naturaleza civil y su sumisión a la jurisdicción ordinaria.*

DESPIDO UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN PACTADA POR EL EMPLEADO: INTERPRETACIÓN CLÁUSULA DE INDEMNIZACIÓN: *La cláusula prevista en el contrato de abono de una indemnización por despido «sea cualquiera la causa en que se funde para ello», rige cuando el despido se produce por incumplimiento del contrato por el empleado. (Sentencia 30 noviembre 1973; no ha lugar).*

En el presente caso el despido se produjo por el abandono del servicio y por el perjuicio económico causado a la empresa por el empleado al rebajar por sí, sin el consentimiento de aquélla, que era obligado, los precios oficiales de hospedaje, debiendo declarar que la sentencia que deniega la indemnización no efectúa una interpretación desproporcionada de tal cláusula, ya que lo desproporcionado sería dar a la cláusula en cuestión una extensión ilimitada otorgando indemnización, por claro que fuera el incumplimiento de las obligaciones del empleado.

4. SOCIEDAD CIVIL CONSTITUIDA VERBALMENTE; NATURALEZA; PACTOS ENTRE LAS PARTES; OBLIGATORIEDAD: *Cuando se constituye una sociedad de carácter civil y la*

forma de su creación es verbal, carece de personalidad jurídica independiente de sus componentes y tiene que estar incluida en el régimen del artículo 1.669 del Código civil que, como es sabido, se remite a su vez al que para la comunidad de bienes se establece en el mismo, demostrativo de que son los interesados individualmente considerados los únicos que contraen las obligaciones recíprocas y, aunque permite la fijación de pactos especiales, entre ellos, según se dice en el párrafo 2.º del artículo 392, para este caso es decisiva la existencia de la entrega de los bienes respectivos.

CONTRATO DE SOCIEDAD; OBJETO DEL CONTRATO Y OBJETO SOCIAL: *Para que el objeto social pueda entrar en juego es absolutamente indispensable que se lleven a cabo las respectivas entregas de lo que iba a ser explotado en común.*

INEXISTENCIA DE SOCIEDAD CIVIL POR FALTA DE OBJETO; INDETERMINACIÓN: *Si las partes deciden poner en común de un lado una cantidad de dinero y de otro un terreno de un valor paralelo, a determinar entre las fincas propiedad de unos de los socios, en el sentido y con el entendimiento de que estas recíprocas prestaciones eran necesarias para el surgimiento de la empresa común de su explotación, que constituía el objeto, o más propiamente, objetivo o finalidad social, es nulo (en concepto de inexistente) el acuerdo de constituir esa sociedad civil cuando no se determina el objeto concreto de aquella segunda aportación, indispensablemente previa para el funcionamiento de la sociedad, por falta de unos de sus elementos esenciales cual es el objeto que puede ser indeterminado, pero siempre que sea determinable y, desde luego, con tal de que llegue a ser determinada de una manera efectiva.*

INEFICACIA DE LOS CONTRATOS; DIFERENCIAS ENTRE RESCISIÓN (IMPUGNACIÓN) Y RESOLUCIÓN: *El artículo 1.291 y siguientes del Código civil, que regulan la rescisión de los contratos, parten de la existencia de un contrato válido (artículo 1.290) que incide en algunos de los supuestos que originariamente y de modo relativo —es decir, en caso de impugnación— le priva de eficacia, bien por haberse producido una lesión (núms. 1.º y 2.º del art. 1.291), bien por mediar un fraude (núms. 3.º y 4.º del mismo artículo), o bien por otros motivos legales (número 5.º también del art. 1.291), mientras que la acción de resolución, con amparo específico en la facultad que para las obligaciones recíprocas concede el artículo 1.124 del Código civil, supone un contrato válido desde su origen con plena eficacia originaria también, pero que puede devenir ineficaz si sobreviene alguna de las causas que dan lugar a su resolución.*

INCONGRUENCIA; HECHOS QUE NO FUERON OBJETO DE ALEGACIONES: *Si bien es cierto que en principio y como norma general sentada por la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la sentencia en que se desenvuelve de la demanda no puede tacharse de incongruente con las pretensiones deducidas en ella, no es menos cierto, sin embargo, que los Tribunales no pueden fundar sus resoluciones en hechos que no fueron objeto de alegación ni de prueba y que, por tanto, no han podido ser motivo de debate, pues el juzgador carece de facultades para pro-*

ceder de oficio desestimando acciones o excepciones que las partes no han querido someter a su decisión, del mismo modo que aunque estén facultados para apreciar otros fundamentos legales de los aducidos por los litigantes, ello ha de ser a condición de no apartarse de la sustancia de sus alegaciones, según proclamó la inalterada doctrina del Tribunal Supremo, especialmente contenida, entre otras muchas, en las Sentencias de 26 de febrero de 1947, 24 de marzo de 1948, 20 de octubre de 1949, 2 de febrero de 1951, 21 de mayo de 1952, 2 de junio de 1954, 15 de abril de 1955 y 7 de diciembre de 1968. (Sentencia de 30 de junio de 1972; ha lugar).

5. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS POR INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA: *Las dificultades surgidas en el curso de la operación no pueden equipararse al vencimiento de dificultades extraordinarias que excluyan la diligencia exigible a todo facultativo con arreglo a las circunstancias y técnicas o pericia normal que las mismas demandan.*

CARÁCTER CIVIL DEL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS EN ENTIDAD PÚBLICA: *La relación obligacional nacida del hecho de haber ingresado el actor en hospital general, perteneciente a la Diputación Provincial, como enfermo de carácter privado, para ser sometido a determinada operación quirúrgica, no puede tipificarse como contrato administrativo al no tener por finalidad la realización de un servicio o la ejecución de una obra pública.*

La única hipótesis admisible, entre las tres a las que cabe atribuir la paralización diafragmática con disminución del campo pulmonar y capacidad respiratoria que sufre el actor, a saber, sección, aplastamiento o elongación del nervio frénico, es la primera, sentando el Juzgador la concluyente afirmación, no combatida, de haber sido seccionado indebidamente por el facultativo interviniente en la operación quirúrgica que le fue practicada, determinante de su culpabilidad al ocasionar al actor una incapacidad permanente para su trabajo.

RESPONSABILIDAD DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL: *La acción indemnizatoria ejercitada se apoya en el artículo 1.903 Código civil en el que la Administración aparece como persona jurídico-privada (Sentencia de 7 de febrero de 1973; no ha lugar).*

El caso aquí contemplado de responsabilidad civil por daños causados con ocasión de una intervención quirúrgica no es de planteamiento frecuente en nuestros Tribunales, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre en Francia. El carácter civil del contrato de servicios médicos celebrado en este caso parece indudable, y la inclusión de la Diputación en el artículo 1.903 resulta correcta.

6. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: MUERTE Y LESIONES POR INTOXICACIÓN: SOBRESUMIMIENTO PROVISIONAL DEL SUMARIO: PRUEBA: *Es doctrina de esta Sala, manifestada entre otras, en Sentencia de 9 diciembre 1964, que la jurisdicción civil, después de haber resuelto la penal, tiene potestad para fijar los hechos, además de por las pruebas del proceso, con lo actuado en la esfera penal, llevado por testimoio al juicio civil, para ser conjugado con las demás pruebas, siendo, por tanto,*

lo actuado en lo penal un elemento probatorio más a armonizar con las pruebas peculiares de lo civil.

LEGITIMACIÓN ACTIVA: DEMANDA EJERCITADA EN NOMBRE DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA: *Según doctrina de esta Sala, cuando se reclaman bienes de un proindiviso no se litigan derechos ajenos, porque la parte no es la comunidad, sino que actúa en beneficio propio y de la misma, a la que puede favorecer el litigio, pero nunca perjudicarlo.*

LEGITIMACIÓN PASIVA: SOCIEDAD REGULAR COLECTIVA: *Debe rechazarse la pretensión de que sean demandados los miembros componentes de la sociedad regular colectiva, ya que si la sociedad mercantil, sea de una u otra clase, tiene una personalidad jurídica, con ella ha de entenderse en sus relaciones con los elementos ajenos a la empresa, pues el criterio contrario sería negar personalidad a la sociedad por medio de su representación legal, lo que la haría inexistente a todos los efectos. (Sentencia de 3 de marzo de 1973; no ha lugar).*

En el caso de autos la sentencia tiene en cuenta pruebas del pleito, como el informe en que se afirma que el arroz hallado en casa del fallecido, como el encontrado en el establecimiento expendedor, contiene el pesticida clorado Edrin, de muy elevada toxicidad, conjugándose esta prueba con las penales de las que aparece que el arroz se compró en dicho comercio, y que la muerte y las lesiones fueron producidas por tal materia contenida en el arroz y no por el insecticida Punto Azul, encontrado en la casa de la víctima, según dictamen del Instituto de Toxicología.

7. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LESIONES OCULARES PRODUCIDAS POR LA EXPLOSIÓN DE UNA BOTELLA DE CERVEZA: *No existe incongruencia porque el actor apoyaba su petición, desde el punto de vista fáctico, en que la lesión ocular que sufrió fue producida por el tapón de una botella de cerveza al explotar, mientras que la sentencia afirmó que el mecanismo productor fue un objeto cortante y, concretamente, un trozo de esquirla de cristal, lo cual no supone aceptación de un hecho distinto como resultado dañoso, sino, en todo caso, del objeto o parte del mismo con que dicho hecho se produjo (Sentencia de 28 de febrero de 1973; no ha lugar).*

El actor fue contratado para el transporte de botellas de cerveza, y en el momento de su carga en el camión explotó una alcanzándole en un ojo que ha sufrido merma de su capacidad visual. Es evidente que el hecho básico de la demanda no se altera por el detalle de que el actor estime que la lesión fue producida por el tapón de una botella, mientras que la sentencia afirma que la causa fue un trozo de esquirla de cristal. Acertadamente se desestima la alegación de incongruencia.

8. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: SENTENCIA CONDENATORIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR: DAÑOS PRODUCIDOS POR CAÍDA POSTERIOR AL ACCIDENTE: INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DEL LÍMITE TEMPORAL DE LA COSA JUZGADA EN ORDEN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL: *La eficacia de la cosa juzgada civil, dimanante de una sentencia condenatoria de la jurisdicción criminal, puede tener un límite temporal, en cuanto a la responsabilidad civil se refiere, cuando el curso cronológico de las le-*

siones muestra la aparición de un daño nuevo o una agravación del anteriormente apreciado, pero para ello es menester que este daño o su agravación se manifieste o descubra en fecha posterior a de la sentencia penal, circunstancia que aquí no ocurre, pues la invalidez del lesionado ya se había manifestado cuando el inculcado fue enjuiciado en el proceso criminal, no obstante lo cual no lo reconoció la jurisdicción militar, por haber aceptado un informe facultativo que refería la nueva fractura ósea a una causa distinta e independiente de la que produjo las lesiones primitivas; apreciación correcta o equivocada que no puede ser discutida ante la jurisdicción civil, ya que ésta, según doctrina reiterada no tiene por misión subsanar errores o suplir omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción. (Sentencia de 19 de febrero de 1973; no ha lugar).

9. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: LESIONES EN ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL: IMPRUDENCIA DEL CONDUCTOR: *Los hechos probados revelan que la velocidad mantenida era desproporcionada en relación con las circunstancias que concurrían en el lugar.*

DESCUIDO DE LA VÍCTIMA: DOCTRINA GENERAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR RIESGO: *El reconocimiento de que la víctima procedió con descuido podrá conducir a reducir el tantum indemnizatorio, pero no a exonerar de responsabilidad al conductor del coche.* (Sentencia 13 de febrero de 1973; no ha lugar).

Como dice la Sentencia de esta Sala de 10 de julio de 1969 «las ineludibles exigencias de la solidaridad social imponen como norma, a cuantos participan en el tráfico, la distribución de la carga del riesgo concreto entre todos los que, en la situación especial de peligro, están en condiciones de coadyuvar a la evitación o disminución del resultado lesivo», lo que quiere decir que el conductor, en el caso concreto, ante la situación de emergencia, debió de reaccionar conforme a su técnica y a su experiencia, de forma adecuada para evitar que la situación de peligro creada por el descuido ajeno se convirtiera en daño, lo que no pudo lograr porque con anterioridad venía ya constituido en situación imprudente por velocidad desproporcionada.

Son hechos probados de la sentencia recurrida: 1.º que en el lugar del accidente había un ómnibus de servicio público y un «Land Rover», aparcados en el lado contrario de su marcha, no obstante lo cual el conductor del coche que ocasionó el atropello no disminuyó la velocidad a que venía; 2.º que inmediatamente antes que la persona que resultó atropellada, cruzó la carretera una nieta de corta edad que la acompañaba, lo que debió percibir al conductor de cierto riesgo y aminorar la marcha, no haciéndolo, sino que mantuvo uniforme la velocidad, y 3.º que es expresiva la huella del frenaje, marcada durante dieciséis metros y los cinco metros a que fue lanzada la atropellada desde el sitio del choque.

10. CONTRATO CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; CONTRATO CIVIL; CONSTRUCCIÓN DE UN PABELLÓN DE EXPOSICIONES: *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa determina en su artículo 3 que la misma conocerá de las cuestiones referentes a «contratos celebrados por la Administración Pública cuando tuvieron por finalidad obras y servicios públicos de toda especie», siendo éstos los requisitos que han de concurrir en los contratos para que tengan na-*

turalaleza administrativa, por lo que cuando se contrata, no obras o servicios públicos, sino la edificación con carácter totalmente particular de un pabellón (destinado a la exposición de productos españoles en el extranjero), es evidente que tal convenio, carente en su finalidad directa de la nota de obra o servicio público, es de índole civil, por limitarse exclusivamente a la construcción. (Sentencia de 26 de junio de 1972; no ha lugar).

11. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: SENTIDO LITERAL DE LAS CLÁUSULAS: *No deduciéndose de las cláusulas de un contrato duda alguna acerca de la verdadera intención de quienes las estipularon, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, conforme se previene en el número 1.º del artículo 1.281 del Código civil, sin que sea lícito acudir a las diversas normas de hermenéutica que contiene el indicado Código, ni ampararse para ello en pruebas diferentes al documento que se está analizando, según, entre otras, indican las Sentencias de 13 de enero de 1925, 30 de marzo de 1953 y 13 de febrero de 1960.*

RENUNCIA DE DERECHOS; RECIPROCIDAD DE PRESTACIONES: *En el supuesto de que surgieran algunas dudas en la interpretación de los contratos, entraría en juego lo preceptuado en el artículo 1.289 del Código civil que ordena resolverlas en favor de la mayor reciprocidad de intereses, sobre todo cuando se trata de la renuncia de determinados derechos por parte de alguno de los contratantes, que para ser válida debe acreditarse de manera explícita, clara y determinante (Sentencias de 13 de marzo de 1950 y 4 de octubre de 1962), sin que pueda deducirse de expresiones o actos de equívoca significación.*

REFORMATIO IN PEIUS: *No está admitido en nuestro ordenamiento jurídico el principio de la «reformatio in peius». (Sentencia de 8 de junio de 1972; ha lugar).*

III. Arrendamiento de cosas.

1. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DESTINADO A ENSEÑANZA: FRAUDE A LÁ LEY: FALTA DE PRUEBA: *Alegada la existencia de fraude por haber dividido la finca registral, consistente en casa-torre con su jardín, haciéndola objeto de dos arrendamientos distintos otorgados sucesivamente a favor de diversos arrendatarios, no ha lugar a estimarlo ya que no se destruye la afirmación de la Audiencia de ser la verdadera intención de las partes la de mantener perfectamente independientes, el disfrute de lo que fue objeto de cada uno de los contratos en litigio. (Sentencia de 3 de marzo de 1973; no ha lugar).*

2. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: ACTIVIDADES INCÓMODAS: RESOLUCIÓN CONFORME A LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL: *Procede la resolución por actividades incómodas al haberse probado que en el taller de carpintería instalado y que viene funcionando en el local objeto del proceso, ha montado su ocupante unas máquinas con sus motores que producen un zumbido y una trepidación que repercute en las viviendas, siendo el ruido intolerable para los que habitan la casa,*

originando aquéllas en su funcionamiento un polvo que penetra por las ventanas de los pisos inmediatos, hasta el punto de que todo ello ha obligado a algunos vecinos a abandonar las viviendas, encajando tales hechos en el artículo 7.º, párrafo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal. (Sentencia de 19 de diciembre de 1973; no ha lugar).

3. ARRENDAMIENTO, DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: *Es doctrina reiterada que para que las obras realizadas alteren las condiciones de un local, basta con que modifiquen la forma o estructura de la cosa arrendada, la distribución de sus distintas partes, el aspecto peculiar de la misma, o, en general, que produzcan un cambio esencial y sensible y no meramente accidental.*

LA CONFIGURACIÓN ES CONCEPTO JURÍDICO Y NO TÉCNICO: *La cuestión de la configuración constituye un concepto plenamente jurídico, por cuanto implica la determinación de la causa misma de la resolución del contrato y no puede dejarse a la opinión de un perito, pues su informe en este punto excede de su misión y atribuciones de técnico auxiliar subordinado a la definitiva calificación jurídica reservada al prudente arbitrio o discreción del juzgador.*

ABUSO DE DERECHO: *En el presente caso se ejercita una acción resolutoria sobre la base de un derecho que no lleva en sí la utilización del mismo de una forma anormal con el único móvil de perjudicar, sino en defensa y restablecimiento de un estado legal que ha sido perturbado. (Sentencia de 9 febrero 1973; no ha lugar).*

4. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: INCONGRUENCIA: FALLO ABSOLUTORIO CON BASE EN EXCEPCIÓN NO ALEGADA: *Si bien, en principio, los fallos absolutorios resuelven todas cuestiones propuestas en la demanda, por lo que no pueden ser tachadas de incongruentes las sentencias correspondientes, no cabe así entenderlo cuando la absolución se fundamenta en una excepción no alegada ni discutida en la litis, pues el carácter rogado de la jurisdicción obliga a los Tribunales a resolver los litigios en atención a los términos en los que se ha centrado la cuestión objeto de los mismos, salvo cuanto de oficio deba ser examinado y acordado.*

RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: *Propuesta en la demanda la resolución del contrato de arrendamiento por causa de necesidad, a lo que opuso el demandado la disponibilidad por el actor de otras dependencias dentro del mismo inmueble en el que tiene instalado su negocio, por lo que niega exista tal causa de necesidad, quedando trabada la litis en dichos términos, al apreciar la sentencia recurrida la falta de legitimación activa o ad causam en el actor, en razón a que el negocio instalado en el inmueble de que es propietario gira a nombre de su esposa, así como el no hallarse establecido en la actividad de comercio con un año de antelación, y por tanto concluir de dicha falta de legitimación su fallo absolutorio, faltó a la congruencia prevenida en el art. 359 L. E. C., lo que obliga a estimar el primero de los motivos del recurso. (Sentencia de 3 de febrero de 1973; ha lugar.)*

5. ARRENDAMIENTO URBANO DE LOCAL DE NEGOCIO: AUTORIZACIÓN CONDICIONADA PARA SUBARRENDAR: INCUMPLIMIENTO POR EL ARRENDATARIO: RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: *Constituye una autorización parcial y limitada para subarrendar la siguiente cláusula: «Se faculta a don E. B. S. para poder dividir la parte del entresuelo objeto de este arriendo en departamentos, si le interesa, para poder subarrendar parte o la totalidad de ellos, con la condición de que no se instalen en los mismos negocios peligrosos, insalubres o nocivos, o aquellos otros que vayan en demérito del inmueble o sus ocupantes. A tal fin y para mejor aclaración se hace constar que el dueño de la casa decidirá sobre la persona o negocio del futuro subarrendatario»: tal cláusula es perfectamente válida y obligatoria para las partes contratantes de acuerdo con el art. 1.255 C. c. y doctrina de esta Sala, por lo que siendo perfectamente claros los términos de la estipulación a ellos ha de estarse según el art. 1.281 pár. 1.º C. c., y acreditado en autos el incumplimiento de la misma por el arrendatario al haberse limitado, en los tres subarriendos concertados, a comunicarlos al arrendador una vez celebrados, debe ser estimada la demanda por concurrir la causa resolutoria segunda del art. 114 L.A.U., y al no haberlo decretado así la resolución recurrida procede estimar el recurso.* (Sentencia de 23 de noviembre de 1972; ha lugar.)

Se trataba de una especial autorización para subarrendar en la que el arrendador se reservaba la última decisión sobre la persona del subarrendatario y de negocio a que éste se dedicase. No cabe duda que, aunque la L.A.U. no lo prevea expresamente, tal cláusula es admisible, y que su violación acarrea la resolución del contrato.

DERECHO HIPOTECARIO

1. VALOR DE LA INSCRIPCIÓN.—*La inscripción en el Registro de la Propiedad no es un título que justifique el dominio, sino sólo corroboración y garantía del que lo origina.*

DOBLE INMATRICULACIÓN.—*Estando una porción de terreno inscrita como formando parte de dos fincas distintas, existe respecto a ella una doble inmatriculación, para resolver la cual hay que acudir a las reglas del Derecho civil puro, con exclusión de los preceptos hipotecarios, sin posibilidad de aplicar el art. 34 de la Ley Hipotecaria.* (S. 25 de febrero de 1972; no ha lugar.)

2. DOBLE INMATRICULACIÓN Y DOBLE VENTA.—*Exiatiendo una doble inmatriculación y una doble venta de la misma finca actúa correctamente el Tribunal «a quo» que, conforme al art. 1.473 del C. c. otorga preferencia al primero que inscribió con buena fe, aunque después está inscripción fuera rectificadada y sustituida por otra de fecha posterior a la inscripción del recurrente.* (Sentencia de 10 de marzo de 1972; no ha lugar.)

DERECHO PROCESAL

1. JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES: CARÁCTER IMPERATIVO: *La función jurisdiccional, referida a la facultad de decidir o declarar el derecho en los*

juicios civiles, está organizada en nuestro ordenamiento jurídico de modo fundamentalmente distinto, según se trate de colisión jurisdiccional entre Tribunales españoles, o entre éstos y los extranjeros. Mientras en el primer caso, gobernado por reglas de derecho dispositivo, nada obsta en principio a la entrada en juego de la voluntad de las partes, con la limitación del respeto debido a lo dispuesto en la Ley (por razón de la materia o cuantía de lo que se pida en relación con el órgano jurisdiccional ante el que se postula), en el segundo supuesto rigen normas de derecho imperativo, que ligan la jurisdicción a la soberanía de la nación, sobre su propio territorio, sin posibilidad de que quienes litigan se sustraigan a ellas, infringiéndose así del contenido de los art. 267 L.O.P.J. y 51 Lec. (Sentencia de 20 de marzo de 1973; no ha lugar.)

Un alemán residente en España, es fiador de un portugués, residente en Lisboa. en una deuda contraída por el portugués con un Banco de su misma nacionalidad. Al resultar impagada, dicha deuda, el Banco portugués demanda en Madrid al fiador alemán. Condenado éste, interpuso Recurso de Casación por el núm. 6.º del art. 1.692 Lec.

2. DEMANDAS AL ESTADO: RECLAMACIÓN PREVIA EN VÍA ADMINISTRATIVA: *Su falta produce análogos efectos que la falta del acto de conciliación, y, por tanto, puede subsanarse en cualquier trámite del proceso.* (Sentencia de 17 de febrero de 1972; ha lugar.)

3. ACUMULACIÓN OBJETIVA DE ACCIONES: CARÁCTER PROCESAL: CASACIÓN: *La naturaleza jurídica de la acumulación objetiva de acciones, es la de ser un acto esencialmente procesal, y su tramitación viene regulada e impuesta por normas estrictamente procesales, cuyo quebrantamiento no puede invocarse como base de un recurso de casación por infracción de Ley.* (Sentencia de 7 de marzo de 1973; no ha lugar.)

4. CASACIÓN: ERROR DE HECHO: *Para que el error de hecho en la apreciación de la prueba, pueda servir de fundamento a un recurso de casación en el fondo, conforme al núm. 7 del art. 1.692 L.E.C., es preciso que se apoye en un documento que, por sí mismo, y sin necesidad de acudir a cálculos, hipótesis o deducciones, ponga de relieve lo contrario de lo que el Juzgador afirma, sin que, para lograrlo reúnan las condiciones de auténticos: los informes periciales, las manifestaciones de los litigantes vertidas en sus respectivos escritos, ni los documentos que hubieran sido objeto de examen y análisis por parte de la resolución que se impugna.*

ERROR ARITMÉTICO: *El error aritmético o de contabilidad, debe ser subsanado mediante la utilización del remedio procesal señalado en el art. 363 Lec.*

APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: *Basado el motivo en el núm. 1.º del art. 1.692 Lec. y apoyándose toda su argumentación en elementos fácticos distintos de los afirmados por el Juzgador de Instancia, se contraviene lo dispuesto en el número 9 del art. 1.729 del mismo texto legal, dando lugar a que el motivo debe ser*

desestimado, en esta fase decisoria. (Sentencia de 16 de febrero de 1973; no ha lugar.)

5. INCONGRUENCIA: *Como tiene reiteradamente declarado la doctrina de esta Sala, en los escritos de demanda y contestación y, en su caso, en los de réplica y dúplica, es donde las partes han de fijar las cuestiones de hecho y de derecho, a las que los Tribunales deben sujetarse en su resolución, sin que les sea lícito, sin incurrir en incongruencia, apreciar más pretensiones y excepciones que las planteadas en dichos escritos.*

INCONGRUENCIA: *Incorre, pues, en este vicio la sentencia de la Audiencia que fundamenta su fallo absolutorio en una excepción —que la actora no acreditó su vecindad catalana—, que la parte contraria ni la acusó ni excepcionó, por lo que ni entró en el debate ni fue objeto de discusión por las partes.* (Sentencia de 16 de marzo de 1973; ha lugar.)

6. CASACIÓN: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: DECLARACIÓN DE OFICIO: *Aparece claramente que la relación jurídico procesal ha sido constituida defectuosamente, cuestión que debe ser declarada de oficio, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala, y ello ha de conducir a que por el mencionado defecto se case y anule la sentencia recurrida.* (Sentencia de 10 de marzo de 1973; ha lugar.)

En un buque, vendido en contrato privado, se efectúan unas reparaciones, con posterioridad a las cuales se escritura la venta de dicho buque, pactándose que todas las cargas del mismo serán por cuenta del comprador. Se demanda al comprador para que efectúe el pago de las reparaciones, siendo condenado en primera Instancia y desestimándose la demanda por la Audiencia. La parte actora interpone recurso de casación por infracción de Ley, sin que por ninguna de las partes se alegue, en ningún momento la falta de litisconsorcio pasivo necesario, falta que el T. S. acoge de oficio y casa la sentencia, por no haber sido demandados tanto el comprador como el vendedor de la nave.

7. CASACIÓN: EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: FIJACIÓN DEL VALOR DE MEJORAS: *La singular característica que autoriza el art. 1.695, excepción única al prf. 2.º del 944, ambos de L. E. C., obliga a que la acción impugnadora, no rebase los límites de los dos supuestos de infracción a que el mismo se refiere y como aquí no se trata de que se haya proveído en contra de la sentencia, si no de si son o no aplicables los arts. 928 y ss. de L. E. C., se impone la desestimación del recurso.* (Sentencia de 16 de enero de 1973; no ha lugar.)

8. CASACIÓN: INCONGRUENCIA: CONCEPTO: *El concepto jurídico procesal de la congruencia implica una correlación entre las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio y la parte dispositiva de la sentencia, a fin de que, correspondiéndose aquéllas y ésta, queden resueltas en sentido afirmativo o negativo, todas las cuestiones controvertidas.* (Sentencia de 10 de abril de 1973; no ha lugar.)

9. CASACIÓN: INCONGRUENCIA: *Al consistir el aspecto externo de la incongruencia exigida por el art. 359 L. E. C., en la necesidad de que medie la debida adecua-*

ción y concordancia entre la parte dispositiva de las resoluciones judiciales y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, durante la fase expositiva del proceso, no se desconoce aquel principio, ni se vulnera este precepto, cuando los órganos jurisdiccionales agreguen a sus fallos extremos que coadyuven a su efectividad, o dejen para ejecución de sentencia la fijación de la cantidad líquida que hubieren de satisfacer los condenados, siempre que con ello no rebasen el límite cuantitativo máximo reclamado en la demanda, por ajustarse semejante decisión a lo prevenido en el art. 360 L. E. C., que pese a los términos, al parecer exhaustivos, en que está redactado, no debe interpretarse restrictivamente, sino en el sentido de ampliar su ámbito de aplicación a cuantos supuestos no permitan a priori concretar la liquidez de las sumas que constituyen el objeto de la controversia.

ERROR DE HECHO: *El error de hecho no puede acreditarse a través de un contrato que ha sido objeto de discusión en el pleito y de estudio y análisis por parte de la resolución impugnada, y que no pone de relieve por sí mismo, y menos de forma evidente como la Ley exige, lo contrario de lo afirmado por el Juzgador de instancia.*

ERROR DE DERECHO: *Los arts. 10 prf. 2.º, 15 y 19 aprt. d) del D. de 13-VI-1931 ratificado por L. de 4-XI-1931, sobre los Estatutos de los Colegios de Arquitectos, no contienen regla alguna sobre valoración de prueba, requisito ineludible para el éxito de esta clase de vicios in iudicando, y además dichos preceptos, por su carácter administrativo o reglamentario son inadecuados para servir de fundamento a un recurso de casación en el fondo.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *Al denunciar la violación por no aplicación e interpretación errónea de los arts. 1.258, 1.593, párf. 2.º del 1.598 y 1.091 C. c., se emplean simultáneamente dos conceptos de infracción antagónicos e incompatibles entre sí y se incide en el vicio de inadmisión señalado por el núm. 4.º del art. 1.729 L. E. C. (Sentencia de 14 de diciembre de 1972; no ha lugar.)*

10. COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL: *Ejercitándose una acción personal el fuero preferente es el solutionis, el lugar del cumplimiento de la obligación. (Sentencia de 3 de enero de 1973; cuestión de competencia).*

11. CASACIÓN: RECURSO INTERPUESTO POR DEMANDADO TOTALMENTE ABSUELTO EN LA INSTANCIA: *El recurso de casación, de ámbito limitadísimo, requiere, para la rectificación de una resolución que el recurrente estime perjudicial por otra que esté de acuerdo con sus pretensiones, que no haya obtenido en la instancia lo que le interesaba. (Sentencia de 2 de diciembre de 1972; no ha lugar.)*

Se presentó demanda de desahucio, ante el Juzgado de Primera Instancia, de una plaza de toros, afirmando que dicho contrato caía fuera de la normativa especial de la L. A. U.; se contestó a la demanda alegando las excepciones de incompetencia de jurisdicción e inadecuación de procedimiento, suplicando alternativamente que se diera lugar a las excepciones propuestas, y de entrar en el fondo se dictara sentencia absolutoria. La sentencia de Primera Instancia, rechazó las

excepciones y absolvió totalmente de la demanda; apelada esta resolución por el demandado, se adhirió al recurso la parte actora. El demandado al comparecer ante la Audiencia desistió del recurso por lo que compareció como apelado. La sentencia de la Audiencia confirmó en todas sus partes la del Juzgado, y contra esta resolución interpone el demandado recurso de casación por infracción de Ley.

12. CASACIÓN: CONGRUENCIA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: *No constituye tal defecto (falta de congruencia) aducir razonamientos íntimamente ligados con los fundamentos esenciales de la demanda, conducentes todos a declarar el fallo, la nulidad de la Junta y de todos los acuerdos tomados en la misma, que constituyen la pretensión contenida en el suplico de la demanda.*

CASACIÓN: NÚM. 7.º ART. 1.692 L. E. C.: FINALIDAD: *El número 7.º del artículo 1.693 de la Ley procesal civil es adecuado para combatir las afirmaciones fácticas hechas por el Juzgador, oponiendo en su lugar los hechos que, ya por haber incurrido éste en error de derecho o bien en el de hecho, deban ser declarados, mas nunca para censurar la valoración efectuada de los medios probatorios ni para plantear cuestiones de índole jurídica.* (Sentencia de 4 de febrero de 1972; no ha lugar.)

13. INTIMIDACIÓN: *Para anular el contrato impugnado por intimidación es preciso probar la realidad de la coacción moral.*

PRUEBA DE CONFESIÓN JUDICIAL: *La confesión judicial no es un medio de prueba real, sino personal, y aunque su valoración puede ser combatida en casación, por ser medio probatorio de apreciación tasada, debe impugnarse por la vía del error de derecho, no por la del error de hecho.* (Sentencia 14 de abril de 1972; no ha lugar).

Hechos.—En el mismo día la demandante vende en escritura pública y por precio confesado al esposo de una hermana un chalet, y hace testamento instituyendo heredera universal a dicha hermana. Un mes después la demandante es ingresada por su hermana en un sanatorio psiquiátrico. Se solicita la anulación de la compraventa por intimidación. La demanda se desestima en todas las instancias por no haberse probado dicha intimidación.

14. CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: *Afirmado que las partes previeron o pudieron prever la alteración de las circunstancias, no puede alegarse la cláusula «rebus sic stantibus», que implica una alteración en la base negocial con la cual las partes no pudieron contar.* (Sentencia 15 marzo 1972; no ha lugar).

Una cosa es que la prestación de una de las partes quede sin la contraprestación equivalente, y otra bien distinta que disminuya notoriamente su contenido económico.

No es suficiente cualquier agravación de la prestación de carácter ordinario, que las partes pudieron evitar mediante cláusulas de estabilización, o por medio de otros remedios.

15. CASACIÓN: NO SE DA CONTRA LOS CONSIDERANDOS: *No se da la casación contra los considerandos o parte de ellos que no constituyan premisa indispensable del fallo, como aquí ocurre respecto de deficiencias terminológicas sin esa trascendencia.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: SENTIDO LITERAL: *Igual suerte desestimatoria debe correr el motivo segundo que combate el contrato encubierto de préstamo usurario, por no fijar con la debida precisión el apartado del artículo 1.281 Código civil, en que se apoya, y aún estimando que por su desenvolvimiento se refiera al sentido literal, éste no resulta de los contratos aludidos, de la manera exigida por la norma denunciada como viciada, aparte de que la interpretación del Juzgador, aunque pudiera ofrecer alguna duda, ha de ser respetada en casación, mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado cor exégesis atentorias a la letra y al espíritu del mismo. (Sentencia 20 de abril de 1972; no ha lugar).*

16. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN: *Los casos de interrupción de la prescripción no pueden interpretarse en sentido extensivo por la inseguridad e incertidumbre que llevaría consigo la existencia y virtualidad del derecho mismo. No interrumpe la prescripción de los intereses de un crédito hipotecario no asegurados por la hipoteca el ejercicio del procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.*

INTERRUPTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN Y CASACIÓN: *La apreciación de la prueba suministrada por las partes acerca de la interrupción o no de la prescripción es de la exclusiva soberanía del Tribunal de Instancia. (Sentencia 3 de mayo de 1972; no ha lugar).*

Suscripción anual: España, 600,— pesetas
Extranjero, 750,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas