

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVII  
FASCICULO III



JULIO - SEPBRE.  
MCMLXXIV

# 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.

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS  
Notario de Madrid

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

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
Notario de Madrid

## Secretario:

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

## SUMARIO

Páginas

### Estudios monográficos

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS: <i>Hacia un derecho sucesorio agrario</i> ... ... ... ...	523
LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA: <i>Explicación civilística del sistema instituido sobre el despido improcedente</i> ... ... ... ...	563
CARMEN ALBORCH BATALLER: <i>Las acciones sin voto</i> ... ... ... ...	641
JUAN VALLET DE GOYTISOLO: <i>Las legítimas, según Claude Chifflet</i> ... ...	677
ENRIQUE FOSAR BENLLOCH: <i>Cambio social y condición jurídica de la mujer casada</i> ... ... ... ...	693

**Bibliografía****Libros** ..... 745

ALONSO OLEA, Manuel: *Introducción al derecho de trabajo*, por Francisco García Ortúño.—BERCOVITZ, Rodrigo: *La imputación de pagos*, por José Bonet Correa.—CANO TELLO, Celestino: *La hipoteca de concesiones administrativa*, por V. Torralba.—GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo: *Estudios de Derecho procesal*, por Amadeo de Fuenmayor.—LOIS ESTEVEZ, José: *La investigación científica y su propedéutica en el Derecho*, por Francisco Luces Gil.—PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo: *Derecho Procesal Civil*, por José Bonet Correa.—TARELLO, Giovanni: *La disciplina constituzionale della proprietà. Lezioni introduttive*, por Carlos Lasarte.

**Revista de Revistas**

## A cargo de Antonio Manuel Morales Moreno ..... 762

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

## A cargo de José María Chico Ortiz ..... 772

**Jurisprudencia****I. Sentencias comentadas** ..... 801

1. *La nulidad de una cláusula de elevación de la renta en un arrendamiento de local de negocio*, por José Bonet Correa.
2. *La validez de una cláusula de elevación de la renta en un local de negocio*, por José Bonet Correa.

**II. Sentencias** ..... 814

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125.—1962.

## 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 XXVII  
FASCICULO III

JULIO - SEPTIEMBRE  
MCMLXXIV



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

**S E R I E 1.<sup>o</sup>**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**N U M E R O 2**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA**

**Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

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

## ESTUDIOS MONOGRAFICOS

# Hacia un Derecho sucesorio agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código civil, en los Derechos forales y en Derecho de colonización)

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

Catedrático de Derecho civil en la  
Universidad de Salamanca

**SUMARIO:** 1. El individualismo jurídico y el Código civil. Valoración de la crítica efectuada por los foralistas.—2. Principios de un Derecho sucesorio agrario.—3. El sistema de legítimas y la libertad de disponer de la legítima como núcleo central de la cuestión.—4. Criterios que no sirven a las necesidades de la agricultura moderna, provenientes de los Derechos forales y del concepto de «patrimonio familiar» surgido en el Derecho de colonización.—5. La «sucesión excepcional» en los patrimonios, explotaciones y huertos familiares.—6. Medidas legislativas concurrentes: retractos, reforma del derecho de arrendamiento y salario diferido.—7. Aspectos de la regulación de la sucesión en el Código civil que favorecen la continuidad de la explotación agrícola.

## 1. EL INDIVIDUALISMO JURÍDICO Y EL CODIGO CIVIL. VALORACION DE LA CRITICA EFECTUADA POR LOS FORALISTAS.

Se dice que las normas del Código civil, en relación con la sucesión «mortis causa», son la causa del fraccionamiento de la propiedad rural y que, por ello, son contrarias a la conservación de las *explotaciones agrícolas*, mientras que, por contraste, los Derechos forales, constituyen la base familiar y sucesoria de un auténtico Derecho agrario (1). Pero

(1) Esta convicción salta incluso al plano legislativo, como sucede con la «Exposición de Motivos» de la *Compilación de Vizcaya y Alava*. Constituyendo casi un «tópico» en la doctrina foralista, donde cuenta con tan entrañables maestros y amigos: vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Familia y propiedad*, Madrid, 1956; MARTÍN-BALLESTERO, *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944; LACRUZ, *La aportación de los Derechos forales españoles a un Derecho sucesorio rural*, en *Atti della Seconda Assemblea*, III, Firenze, 1964, 561 y ss.; LÓPEZ JACOISTE, *Derecho foral como Derecho agrario*, en *Symbolae Serrano y Serrano*, I, Valladolid, 1965, 483 y ss.; ROCA SASTRE, *La necesidad de diferenciar lo rústico de lo*

esto no es más que una verdad a medias. Bien es cierto que, el Código civil adolece de una serie de defectos, provenientes unos del soporte ideológico en que la codificación tuvo lugar, otros de meros errores técnicos o dogmáticos que son fácilmente subsanables, si el legislador está dispuesto a ello, con unos simples retoques de la regulación y de las instituciones, pero de eso a rechazar de plano el Código, sin pararse a pensar en el significado y en la enmienda de tales defectos y, por otra parte, afirmar que en los Derechos forales se encuentran todas las excelencias que faltan en el Código, como a veces llega a decirse, hay una gran diferencia.

El tema, es por ello, apasionante y se hace difícil abordarle con serenidad crítica, pero hay que hacerlo porque, en esto, se puede comprometer la unidad futura de nuestro Derecho civil, incluso la unidad dentro de la diversidad, que sería, probablemente, la meta deseable, pero no cabe duda que hay que evitar las exageraciones, no sea que caigamos en el lado opuesto. Porque bien es cierto que, en los Derechos forales, se conservan instituciones que responden, mejor que las del Código, a la común tradición jurídica española, e incluso a la propia tradición jurídica castellana (2), donde como en otros pueblos de Europa, influídos por la tradición germánica y del Derecho vulgar, se llegó a través de la recepción a una síntesis de principios germánicos y romanos que, en buena parte, se perdió con la codificación. Esto fue debido, parcialmente, a la falta de madurez con que se llevó a cabo la obra codificadora, a la improvisación y a que los juristas prácticos que la acometieron no tenían tras de sí, como pudo suceder en Alemania y en Suiza, pocos años después, una gran ciencia jurídica que supiera acometer con altura y capacidad, por un lado, la modernización de nuestro Derecho y, por otro, el llevar a cabo esa modernización sin desnaturalizarle, atentos más que nada a una serie de innovaciones que se consideraban como exigencias «filosóficas», según la ingenua terminología de la época, de una legislación progresiva.

Por eso, se perdió sensibilidad para captar el significado de instituciones como la *renuncia a la sociedad de gananciales* (3) y, con ello, toda

urbano en Derecho sucesorio, en AAMN, 1944, 335 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, *La agricultura y la explotación familiar*, en RJC, 1964, 107 y ss.; *La conservación del «fundus instructus» como explotación familiar*, tema básico de los Derechos forales españoles, en AAMN, 1968, 593 y ss.; PAZ ARES, *La casa en el Derecho foral de Galicia*, en RDN., 1965, 225 y ss.; y *Pequeñas instituciones agrarias del Derecho foral de Galicia*, en RGLJ., 1967, 765 y ss.; L. MARTÍN-BALLESTERO, jr., *La indivisibilidad de las unidades familiares agrarias en su transmisión sucesoria*, en «Boletín Colegio Abogados», núm. 48 (Zaragoza, 1973), 87 y ss.

(2) No hay que olvidar que Castilla también es una región, aunque aquí habría que hablar de «región cultural», o de integración cultural de diversas regiones, que vienen a representar el factor más importante de la unificación nacional, lo que es compatible con la diversidad de los sentimientos regionales. Lo que no se puede confundir nunca es a Castilla con el centralismo, al que en los últimos siglos (xix y xx), han contribuido a consolidar más las «regiones» que la propia Castilla.

(3) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *La renuncia a la sociedad legal de gananciales*, en ADC, 13 (1960), 63 y ss.

la perspectiva relativa a la posibilidad de alterar el régimen económico-matrimonial. Y cayéndose en intentos un tanto pueriles para el acercamiento entre el Derecho común y el Derecho foral, se introdujeron instituciones extrañas, en el sistema del Código, como la *troncalidad* del artículo 811 (4), en vez de haber introducido la *comunidad continuada* en relación con el régimen de gananciales, por una obsesión, acaso también, excesivamente patrimonialista y personalista de todo lo relativo a la disolución de la sociedad conyugal, pero incidiendo, por el contrario, en ese error de perspectiva para buscar el acercamiento a los Derechos forales, incluso al configurar la *reserva* del artículo 812, en desconexión de sus precedentes en el antiguo Derecho castellano (5), donde aparecía, por otra parte, como también sucede ahora que, cuando no tienen lugar segundas o ulteriores nupcias, se produce una continuidad de esa comunidad en el ordenamiento social, pero que en aquellos precedentes cobraba un significado muy característico, en conexión con la *partición del testador*, conforme al antiguo esquema justiniano de la partición *inter liberos* y que ya he destacado en otras ocasiones (6). Adquiriendo también un significado muy interesante en relación con una manifestación más de la *fiducia sucesoria*, contemplada en Partidas (4,18,15), donde el padre, al emancipar al hijo voluntariamente, le entrega la plena propiedad de su *peculio adventicio* (es decir, los bienes heredados de la madre, que hasta entonces formaban un todo en el capital común de la familia), reservándose el usufructo sobre la mitad de los mismos y, cuando tiene lugar la emancipación por el matrimonio del hijo (Leyes 47 y 48 de Toro), sin reserva alguna de usufructo (7), lo que parece tiene su origen en el Fuero Juzgo (4,2,13-15) (8). Siendo interesante hacer constar cómo la antigua *divisio inter liberos* romana se extiende a los países de neta tradición jurídica germánica (9), dando

(4) Vid. por todos: VALLET, *La reserva del art. 811*, ed. sep. de ADC. Madrid, 1968.

(5) Vid. GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales del Derecho civil español*, 2.<sup>a</sup> ed., III, Madrid, 1968, 649 y ss.

(6) J. L. DE LOS MOZOS, *La partición de herencia por el propio testador*, en RDN, 27 (1960), 99 y ss. y en la revisión y ampliación de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, VI-3, Madrid, 1971, 258 y ss. Así, partiendo de la *divisio inter liberos* justiniana, como ya observó POLACCO (*Della divisione operata d'ascendenti fra discendenti*, Padova-Verona, 1884, 160 y ss.), se produce un ensanchamiento de la misma hacia situaciones nuevas que eran desconocidas en Derecho romano, como el que tal división, con entrega total o parcial de bienes, produzca la emancipación del hijo, lo que, en cambio, viene aceptado por el Derecho común alemán (CALDENBACH, *De separatione liberorum familias ad aeconomia paterna*, Tübingen, 1689, 25).

(7) BENITO GUTIÉRREZ, *Códigos*, I, 604 y ss.; 692 y ss., 696 y ss.

(8) Siendo un uso antiguo de tierras de Castilla la Vieja, y parte de León, el que, al casarse el más joven de los hijos, o el último o últimos de los que hubieran quedado solteros, el viudo o viuda, no solamente reparte y entrega los bienes del difunto, sino también los suyos propios, reservándose lo suficiente para vivir, como pensión o renta, lo que también ocurre en casos de supervivencia de ambos cónyuges, práctica que se conserva aún en nuestros días, con bastante frecuencia e intensidad, especialmente en los medios rurales.

(9) De este modo, aparece la institución recogida en las fuentes territoriales

lugar a la interesante figura del *partage d'ascendants* que se practica intensamente en el Derecho consuetudinario francés (10) y lo mismo sucede en gran parte de nuestros Fueros Municipales, así señaladamente en el *Fuero de Zorita de los Canes* (10,10,4) (11). Lo que indica la existencia de una antigua costumbre que se fue ahogando paulatinamente con la recepción del Derecho romano, de la que solamente ha sobrevivido la *donation-partage*, en el *Code civil*, lo mismo que, en el nuestro, la *participación del testador* (art. 1.056-1.º C. c.), pero quedando muy lejos de donde la institución arranca: una originaria *propiedad familiar* de abolengo germánico y romano vulgar, del mismo tipo de la que aparece en el fundamento de muchas instituciones forales.

Ahora bien, continuando con nuestro discurso, si la institución contemplada se desconecta de la idea de *propiedad familiar* y de la idea paralela de *fiducia sucesoria*, que tiene su fundamento en aquélla y, si por otra parte, por patrimonializarse la disciplina de la liquidación de la sociedad conyugal, pierde toda su conexión con la posibilidad de una *comunidad continuada* que puede abonar el juego de tales soluciones, llegamos fácilmente, al implicarse otras razones de tipo puramente *racionalista* en relación con la disposición testamentaria, que se considera como un atributo de la libertad individual, a ver cómo decaen ciertas *formas de testar* suprimidas por el Código, como el *testamento mancomunado* entre esposos que se generalizó en la práctica (12), aunque en vísperas de la codificación, forzoso es reconocerlo, no gozaba del favor de la doctrina (13). En la misma línea hay que situar la restricción de la *fiducia sucesoria* tal y como se manifiesta, en materia de mejora, en el artículo 831 C. c. (14), que es donde aquélla ha quedado relegada,

más importantes del Derecho alemán: *Landrecht des Württemberg* (tít. IV, Parte 3.ª); *Codex Sasonae* (§ 2.115) y *Algemeine Landrecht* prusiano (§§ 175-207).

(10) Institución que constituye una deformación de la antigua *démission des biens* y que utiliza el esquema de la donación entre vivos vulgarizada, lo que no supo entender la codificación francesa al aplicarle la donación entre vivos, en sentido estricto, con todos los inconvenientes que esto representa. Lo que fue modificado por el Decreto-Ley de 17 de julio de 1938, Ley de 20 de julio de 1940 y posteriormente por Ley de 26 de diciembre de 1963.

(11) En el que se contempla la partición hecha por el padre entre los hijos, firmada por todos, o por el padre solamente a favor de los hijos y con la firma de tres testigos, adquiriendo de ambas maneras carácter irrevocable (aspecto *contractual*), aunque según parece sin entrega de bienes de *presente*, con efectos para después de la muerte (aspecto *mortis causa*). En cambio, aparecen con efecto de entrega inmediata las particiones realizadas por el *cónyuge supérstite* de los bienes del difunto entre los *hijos de ambos* (*Fuero de Zorita de los Canes*, ed. R. A. de la Historia, a cargo de URUÑA, Madrid, 1911, 120 y ss.).

(12) Encuentra esta fórmula apoyo en el Derecho territorial, en el *Fuero Real* (3,6,9), que autoriza el *pacto de hermandad* que podían hacer marido y mujer, transcurrido un año de matrimonio, sin tener hijos u otros legitimarios.

(13) La jurisprudencia las admitía, siempre que pudieran ser variadas hasta la muerte de cualquiera de los testadores en la parte respectivamente dispuesta por cada uno (SS. de 22 de abril de 1878, 17 de diciembre de 1881, 27 de marzo de 1888, 24 de junio de 1892 y 1 de marzo de 1905).

(14) Después de la prohibición que establece el art. 830, según la cual «la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro», el art. 831, dispone: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capi-

lo que no deja de ser contradictorio, de acuerdo con la tradición jurídica castellana, alterada por el Proyecto de 1851 (15).

Otro tanto sucedió con la radical separación entre donación y disposición por causa de muerte, aunque en ocasiones por razones sistemáticas, probablemente, el Código vuelve a unir lo que separa, como en el artículo 620 (16), cuando debía de haber mantenido la *función* de la donación (17) como cauce de la sucesión contractual, lo mismo que sucede en los Derechos forales (18). Cuestión que ha repercutido, en otro sentido, también, en la institución de la mejora, verdadero baluarte de la *sucesión contractual* en nuestro Código civil, al reformar el Derecho anterior en el sentido de no permitir la donación como mejora presunta (19), con lo que se ahonda la separación con los Derechos forales. Por otra parte, al desconocerse aquella función de la donación

tulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado».

(15) En el antiguo Derecho castellano, la facultad de mejorar se consideraba como un derecho personalísimo, así el principio general que reproduce el art. 830 C. c., tiene su antecedente en la Ley 19.<sup>a</sup> de Toro, lo que pasa es que, en un clima favorable a la *fiducia sucesoria*, la doctrina discutía sobre la posibilidad de excepciones a tal principio: vid. GUTIÉRREZ, *Códigos*, III, 506 y 509 y ss. Por otra parte, el art. 831 C. c. tiene su antecedente en el art. 663 del Proyecto, con la finalidad de acercar el Derecho de Castilla a los Derechos forales, como expresa el propio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, II, Madrid, 1852, 107-108.

(16) A diferencia, en cambio, de como se contempla esta materia en el artículo 942 del Proyecto, donde se distingue claramente entre donaciones «inter vivos» y «mortis causa»: GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, II, 289.

(17) Es decir, donación que, aunque produzca efectos de presente puede ser revocada, dada su función primordialmente sucesoria y que únicamente se confirma, definitivamente, por la muerte del donante. Vid. VALLET, *Donación, condición y conversión material del negocio jurídico*, en ADC, 5 (1952), 1304 y ss.

(18) Así las peculiaridades del Derecho de Vizcaya, limitándose la disposición del donatario en vida del donante (art. 39-2.<sup>o</sup> de la Compilación), o la rica variedad que presenta la Compilación de Cataluña (arts. 12 y ss., 21 y ss., 246 y ss., etcétera) o la finalidad claramente *post mortem*, con que aparecen reguladas en la Compilación de Baleares (art. 8 y ss.); o en relación con los bienes comunes (arts. 53-2.<sup>o</sup> y 67-2.<sup>o</sup>) en el Derecho de Aragón, donde también se reconoce la donación «mortis causa» (arts. 101 y 102 de la Compilación); o en Navarra, donde existe una amplia regulación de las donaciones «propter nupcias» (Leyes 112 y ss.), lo mismo que de las donaciones, en general, Leyes 148 y ss. de la Compilación navarra. Por otra parte, es típico del Derecho foral, la vinculación de los actos de liberalidad a las capitulaciones matrimoniales o a la celebración del matrimonio, así como la admisión de las donaciones entre cónyuges, pero en sentido negativo, hay que hacer constar la relación entre donación y otros actos de liberalidad y la troncalidad y sus consecuencias, dando lugar a derechos de reversión muy perturbadores, en la mayor parte de los casos.

(19) El art. 825 C. c., establece que: «Ninguna donación por contrato entre vivos, sea simple o por causa onerosa, en favor de hijos o descendientes, que sean herederos forzosos, se reputará mejora, si el donante no ha declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar». Así, en la Ley 26 de Toro. Vid. GUTIÉRREZ, *Códigos*, III, 533 y ss. También y, por todos, para la doctrina antigua: A. GÓMEZ, *Ad Leges Tauri Commentarium Absolutissimum*, Matriti, 1780, 212, 214 y ss.; y S. LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1852, 231 y ss.

a que nos hemos referido, las posibilidades de combinar los efectos en vida con la *partición del testador*, han desaparecido, porque si se trata de simples donaciones son irrevocables al atribuirseles el estatuto de los actos «*inter vivos*» y si se lleva a cabo la partición en testamento no produce ningún efecto hasta después de la muerte del testador, con lo que se han clarificado los efectos de estos actos, pero no se atiende a proveer a las situaciones intermedias, que pueden estar necesitadas de una adecuada protección, como sucede en el caso de la continuidad de la *explotación agrícola*. Bien es verdad que, en otro sentido, la donación queda vinculada a la sucesión por la *colación y por el cómputo de la legítima*, pero ha desaparecido también la relación existente en el antiguo Derecho entre *donación y renuncia* a la herencia futura, según lo dispuesto en los artículos 1.271-2.<sup>º</sup>, 658, 991 y 1.674 C. c., aparte de la norma un tanto significativa del artículo 816 (20).

Otro tema extremadamente conflictivo entre el Derecho común y los Derechos forales, viene determinado por las diferencias en la organización del *sistema de legítimas* y aunque aquí el Código siguió fiel a la línea del Derecho castellano, si bien reduciendo las cuotas legítimarias de los descendientes, en especial, que es lo que aquí interesa (de los cuatro quintos a los dos tercios), como se redujo la posibilidad de la mejora (del tercio y quinto a un tercio) y su modo de institución, como ya hemos visto, se separó, al reducir la libertad de disposición, del Derecho hermano de Vizcaya, que es el más semejante de los Derechos forales al Derecho castellano, por evidentes razones de continuidad y de «*contigüidad*» histórica (salvo por lo que respecta al arcaísmo de la troncalidad que en Castilla desaparece tempranamente). Por otra parte, en la forma de deferir la legítima, el Código representa un paso más en la evolución del Derecho castellano, al permitir que el legitimario *no fuera heredero* (lo que en el antiguo Derecho sólo se alcanzaba mediante el juego de la renuncia), con lo que la legítima del Código se acercó notablemente a la legítima del Derecho catalán y, sobre todo, del Derecho de Mallorca, aunque le quedó una vinculación al carácter originario de la sucesión, en nuestro antiguo Derecho de origen germánico, como sucesión de bienes de un antiguo *patrimonio familiar indisponible*, manifestada en la *idea de reserva* que acoge nuestro artículo 806 C. c. y en la necesidad de que consista en una *porción de bienes* de la herencia, lo que únicamente se puede eludir, indirectamente, por vía de *donación* y de *legado* (21). En cambio, en los Derechos forales, en que se halla más manifiesta la *influencia vulgar*, como en Aragón y en Navarra, la vinculación de los bienes a la familia, se mitigó por la libertad de disposición, siempre dentro de la familia, o del círculo familiar (*reserva*), pero en detrimento de los derechos del individuo, por la libertad de disposición de una

(20) Establecida para el caso de incumplimiento de la prohibición de renunciar a la legítima futura. Vid. sobre el particular: J. L. DE LOS MOZOS-CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, VI-3, 269 y 270, texto y notas.

(21) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, VI-2, 471 y ss. y allí otras referencias a otras obras del autor.

verdadera *legítima colectiva*, como en Aragón (art. 119 de la Compilación), cuando no queda reducida a una mera mención, o al derecho de alimentos (arts. 120 y 121) y otro tanto sucede en Navarra (Leyes 267 a 271 de la Compilación). Por eso, si a la legítima castellana, sobre todo después del Código, no le queda más que un residuo de haber sido en su origen una verdadera *reserva* (*Lex «Dum inlicita»* del *Liber iudiciorum*, 4,4,1) por haber sufrido durante siglos la influencia de la recepción del Derecho romano (tradición jurídica culta) y al descensar, lo mismo que la *legítima justinianea*, no en la idea de la conservación de un patrimonio familiar, sino en un verdadero *officium pietatis*, el que consista en una *porción de bienes*, ordinariamente, no es más que una supervivencia histórica que fácilmente puede ser corregida, de modo que si esa supervivencia se da en razón e interés de la comunidad de un *patrimonio familiar*, aunque en el contexto regulativo actual pueda producir el efecto contrario (p. ej., necesidad de dividir la *explotación agrícola* para el pago de legítimas), por la propia fuerza de la *eadem ratio*, sistemáticamente, no existe ningún inconveniente para que esa situación pueda corregirse, no suprimiendo o reduciendo la legítima, sino permitiendo su pago en dinero y estableciendo otros remedios para que la explotación no se divida. Pero para esto bastan unos pequeños retoques y no es preciso modificar el sistema, ni en cuanto a la reducción de las cuotas, ni en cuanto a la conversión de la legítima en un mero *derecho de crédito*, como se ha llegado en el Derecho catalán o en el Derecho alemán (22). Incluso en ordenamientos como el francés, con mayores dificultades sistemáticas, se ha llegado a fórmulas (23) en las que, sin variar el sistema jurídico, se atiende a las necesidades de la conservación de la explotación.

(22) §§ 2.303 y ss. BGB. Vid. J. BINDER, *Derecho de Sucesiones*, trad. esp., Barcelona, 1953, 289 y ss.; T. KIRP, *Derecho de sucesiones*, en el *Tratado de ENNECCERUS*, V-2, trad. esp., Barcelona, 1951, 279 y ss. H. LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, München und Berlin, 1962, 426 y ss., etc. Sin embargo, hay que observar que si bien esto representa una mayor libertad de disposición, dentro del sistema alemán, se producen una serie de limitaciones derivadas de la amplia regulación que se ofrece de la *sucesión contractual* y de la vinculación de ciertos patrimonios como el *Erbhof* (patrimonio familiar vinculado), objeto de muy diversas vicisitudes en los últimos tiempos: vid. KROESCHELL, *Landwirtschaftsrecht*, 47 y ss. y *Zur Reform des Höferechts*, en *Agrarrecht*, 4 (1974), 85 y ss.; A. PIKALO, *Elementi di diritto romano e germanico nel diritto agrario sucesorio*, en *RDAGR.*, 47 (1968), 439 y ss.; y *Der Schutz der landwirtschaftlichen Betriebe durch Eheverträge, Schenkungen und Testamente*. Ponencia al Congreso del Comité europeo de Derecho rural (Luxemburgo, 1971).

(23) Las dificultades que se ofrecían en el Derecho francés, lo mismo que en otros Derechos latinos, derivaban del principio del *partage égal* (art. 815 C. c. fr.) y de la atribución de las cuotas hereditarias *in natura* (art. 832), que hace que la *reserva* ha de pagarse en bienes de la herencia y si a esto añadimos el carácter legal de la herencia nos encontramos con que esto lleva a un fraccionamiento ilimitado de las tierras y de las haciendas agrícolas. Pero estos inconvenientes se han corregido con una serie de reformas sin alterar para nada el sistema: manteniendo la indivisión de la explotación y haciendo posible su atribución preferente, en determinadas circunstancias, en todo o en parte a favor de uno de los herederos (Decreto-Ley de 17 de junio de 1938, Leyes de 20 de julio de 1940,

Pero seguramente el tema de las legítimas requiere alguna consideración más y a ello vamos a dedicarnos seguidamente en el epígrafe siguiente. Volviendo ahora al tema planteado inicialmente, la exposición que acabamos de hacer pone de relieve que no es necesario acudir a los Derechos forales para solucionar los problemas de la *conservación de la explotación agrícola* en la sucesión «mortis causa», sin descartar que pueda llegar a ser conveniente, si se hace en un clima de mutua compresión, de generosidad y de confianza recíproca. El planteamiento de estas soluciones y su adecuado desarrollo puede alcanzarse en el seno de la tradición jurídica castellana, sobre todo, si se parte de reconocer que el Código no acertó a expresar, en algunas materias, la fórmula adecuada para ello, sin acudir a tradiciones extrañas, ya que el acercamiento a los Derechos forales no puede hacerse horizontalmente, sino teniendo en cuenta las razones histórico-evolutivas y sistemáticas que juegan en cada caso (24), aparte de que no hay razón para invocar unas fórmulas jurídicas que, en muchos casos, como sucede con *algunas* instituciones forales, ni se aplican, ni se justifican en el contexto actual (salvo bajo el prisma de una concepción exageradamente tradicionalista, utópica y arcaica de la sociedad) ni sirven tampoco para el fin que se dicen protegen (25). Además, queda otra cuestión por precisar y es que el Código civil, con todos sus defectos, no mantiene una serie de instituciones que, en vez de facilitar, dificultan la conservación de la *explotación agrícola* y, sobre todo, su propia formación, en un momento en que se habla de «reforma de estructuras agrarias» y que, sin embargo, se han mantenido como puro arcaísmo (26) en los Derechos forales: así, toda la materia en la que está vivo el *principio de troncalidad* que da lugar a una serie de *reversiones* y *recobros* que dificultan, notablemente, la formación y conservación de una adecuada explotación, lo mismo que la conservación del *retracto gentilio o de sangre* que existiendo en el Derecho castellano antiguo (27) desaparece con la codificación. Como también desaparecieron los *mayorazgos* y las *vinculaciones*, fueran o no fideicomisarias, figuras que se mantienen, paralelamente, vivas en los Derechos forales, a través de la *troncalidad* y de algunas formas de *heredamientos*.

Por otra parte, el Código civil es muy superior a los Derechos

15 de enero de 1943, 19 de diciembre de 1961, etc.). Vid. H. MAZEAUD-J. MAZEAUD-M. JUGLART, *Leçons de Droit civil*, IV, París, 1971, 728 y ss.

(24) La misma razón existe, para que dentro del Derecho civil español, se respete la tradición jurídica del Código civil, que la de los Derechos forales.

(25) La montaña de Navarra y de Aragón ha sufrido los efectos de la emigración, lo mismo que, anteriormente, extensas zonas sometidas al Código civil y ni el sistema de legítimas o la comunidad continuada, han podido evitarlo. Lo mismo que en el País Vasco y en la propia Navarra, el caserío, ya no puede aparecer como unidad de explotación, por ser antieconómico.

(26) El fundamento ético-sociológico de muchas instituciones forales, es muy discutible, ya que la vinculación del individuo a la familia y a la casa, pudo tener su justificación cuando tales instituciones eran la única forma de protegerle, lo que naturalmente ha ido perdiendo importancia al alterarse las formas de vida.

(27) Leyes 70 a 74 de Toro.

forales en materia de *sucesión intestada* y no digamos en todos aquellos aspectos en que predomina un sentido ético sobre un sentido económico-familiar, como sucede en las *legítimas* de los hijos naturales, o en los propios derechos del cónyuge viudo (bien como legitimario o como sucesor *abintestato*), aunque en relación con esto se nos puede hablar del *usufructo vidual universal*, tema que en relación con la conservación de la explotación sólo tiene sentido como *usufructo de regencia* (28) y no digamos en cuanto a la excesiva extensión de la *fiducia sucesoria*, o de las herencias de confianza, tan frecuentes en Cataluña.

Es decir, que también en los Derechos forales existen una serie de instituciones que no sirven para favorecer los intereses de la propiedad familiar campesina, en la situación actual, no siendo aptos para proteger la conservación de la *explotación agrícola*, por ello, no parece muy acertado tratar de configurar las instituciones de «reforma agraria», volviendo a los criterios tradicionales y arcaicos que se conservan en algunas formas jurídicas forales, como ha sucedido con el *patrimonio familiar* (29), que descansa sobre la idea de la *vinculación*, por más que esto se produzca en el ámbito reducido del *Derecho de colonización*. Fenómeno que es común a toda Europa, en el ámbito de los Derechos territoriales (30) o provinciales (31), o en el marco de las actuaciones de colonización y que, en un momento determinado, pareció que iba a extenderse, como sucedió especialmente en Alemania (32), a todo el ordenamiento. Modernamente esta situación ha sido superada y aunque se pueda hablar de unas características comunes y generales aplicables al llamado «*Derecho sucesorio agrario*», hay que decir que éste no utiliza la idea de *vinculación* más que en un campo puramente marginal (33), introduciendo una serie de medidas, dentro de una variada gama de fórmulas jurídicas, que encuentran su parangón, ciertamente, en instituciones forales, pero no en el conjunto de los respectivos «sistemas forales» y que, por otra parte, no se alejan excesivamente del propio sistema del Código civil, donde se pueden hallar instituciones aisladas que sirven perfectamente a la protección

(28) Institución que, evidentemente, se contempla en los Derechos forales, con diversas modalidades y que, en conexión con la comunidad continuada u otras formas de propiedad familiar, es de gran interés para el mantenimiento de la unidad de la explotación sobre todo si va acompañada, además, de una cierta *fiducia sucesoria*. Fuera de este contexto, sin embargo, el reconocimiento puro y simple del *usufructo vidual universal*, puede ser perturbador.

(29) Vid. A. LUNA SERRANO, *El patrimonio familiar*, Roma-Madrid, 1962.

(30) En Alemania se había conservado en los Derechos territoriales el *Anerbenrecht* (arrendamiento perpetuo transmisible): vid. PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, trad. esp., Barcelona, 1957, 359 y ss., aparte de otras instituciones semejantes.

(31) Así el *masso chiuso*, de la región del Tirol meridional, en Italia y sus equivalentes en Baviera y en Austria, o las fórmulas paralelas existentes en Alemania y que hacen aplicación del viejo principio *Der Bauer hat nur ein Kind*, que quiere hacer referencia a la indivisibilidad del patrimonio y a su atribución a un heredero único.

(32) Con la Ley de patrimonio familiar vinculado (*Erbhof*) de 1933 y sobre todo con el Proyecto de Código popular alemán de 1942 (VGB).

(33) Vid. PIKALO, *Op. cit.*, en RDAGR., 47 (1968), 437 y ss.

de tales intereses y donde la corrección de algunas instituciones o el perfeccionamiento de otras, de acuerdo con la tradición jurídica castellana, harían del sistema del Código uno de los más adecuados para servir a tales fines, consiguiendo con ello, sin confundir los planos y respetando siempre la diversidad del Derecho civil español, llegar por esta vía a un acercamiento en los principios entre el Código civil y los Derechos forales. Creo, en fin, que es éste y no otro el punto de vista desde el que se debe abordar la cuestión y sin perjuicio de que los Derechos forales quieran conservar viejas fórmulas arcaicas (34). El hacerlo de otro modo carece de sentido y contribuiría a incrementar en esta materia, tan necesitada de concordia, lo que en ocasiones no ha pasado de ser un chocante diálogo de sordos (35).

Para llevar a cabo esta comparación jurídica entre el Código civil y los sistemas forales vamos a fijarnos en lo que podemos llamar los *principios* de un «Derecho sucesorio agrario».

## 2. PRINCIPIOS DE UN DERECHO SUCESORIO AGRARIO

Ha sido sin duda alguna recientemente A. Pikalo el que ha formulado estos principios con más coherencia y amplitud, refiriéndose tanto al aspecto de su formulación técnica como a su fundamento ideológico-social (36). Desde el punto de vista técnico, estos principios se manifiestan: en el vínculo familiar de la propiedad, en la sucesión de los patrimonios separados, en la figura del heredero privilegiado y en las formas particulares de transmisión hereditaria de tales patrimonios, aparte de las peculiaridades propias del Derecho de colonización. Naturalmente que no todos estos principios juegan y actúan de una manera equivalente. El del *vínculo familiar* de la propiedad no se traduce en el Derecho moderno, en la *troncalidad*, más que de un modo excepcional mediante la supervivencia de fórmulas jurídicas arcaicas, o en fórmulas jurídicas suscitadas en el Derecho de colonización, como puede ser el *patrimonio familiar vinculado* (37), pero

(34) No me parece que haya que hacer ningún reparo a este hecho, pues con la conservación de estas fórmulas se enriquece la experiencia jurídica, aunque se mantengan en desuso, ya que en el momento más inesperado pueden volver a utilizarse y lo que no sería correcto en un Código civil, puede serlo perfectamente en las Compilaciones.

(35) El atribuir, por ejemplo, la decadencia de la agricultura española al *sistema de legítimas* del Código es un argumento que ya está muy desprestigiado, no digo con ello que, por eso, no haya que introducir alguna reforma, indirecta, en relación con este sistema, pero las causas del empobrecimiento de nuestra agricultura no puede descansar en este factor, sino en otros muchos. Regiones sometidas al Código cuentan con una agricultura floreciente y, en cambio, territorios forales hay que no pueden decir otro tanto.

(36) *Op. cit.*, en RDAgr., 47 (1968), 437 y ss.

(37) Las fórmulas alemanas del *Erbohöf* o del *Anerbenrecht*, que han sustituido a los antiguos fideicomisos de familia, a los mayorazgos o a las vinculaciones familiares y que, con uno u otro carácter, aparecen como especialidad de un *Derecho de colonización* en franco retroceso, al igual que el Derecho particular o territo-

conservando siempre y, en general, un carácter especial, que hace que se califique de *sucesión excepcional* (38), pues la mayor parte de sus fórmulas se hallan hoy desprestigiadas (39), teniendo, en cambio, su verdadero campo de actuación en torno a la protección de la explotación familiar, mediante la *continuación* de la comunidad conyugal (40), la instrumentación, en este ámbito, de la *fiducia sucesoria*, que es típica de los Derechos forales españoles, o del *usufructo vidual universal*, como *usufructo de regencia*, o bien mediante la reciente floración de *derechos de adquisición preferente*, en todos los ordenamientos (41), en lo que fue bastante generoso el Código civil (42). El de la

rial. Lo mismo sucede en Austria donde instituciones paralelas a las alemanas se conservan, por una Ley de 1958, en Tirol y Carintia y otro tanto hay que decir de Italia para el Alto Adige.

(38) Por eso, restaurar la *sucesión excepcional* que permite mantener la unidad del patrimonio, no se halla muy justificado en el contexto económico-social moderno, porque hay que hacerlo a costa de reducir la legítima de los hijos no favorecidos con la designación, o por el contrario, a costa de reducir tanto la explotación que resulte inviable.

(39) Un acreditado foralista, en cambio, CONDOMINES VALLS, *Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna*, en *Curso de Conferencias* (Colegio Notarial de Barcelona), 1945-1946, 129 y ss., justifica este pretendido renacimiento de la sucesión excepcional por criterios de política social y económica, como medio de protección a los más débiles.

(40) Lo que se halla generalizado en la mayor parte de los Derechos europeos: así directamente en los Derechos alemán y suizo, e indirectamente se puede llegar a esa finalidad por el mantenimiento de la indivisión en favor de un heredero en Derecho francés, italiano, etc. (como veremos más adelante).

(41) El BGB, confiere a estos derechos una especial importancia, configurándoles como de naturaleza real (*Retraktrechte*), §§ 1.094 y ss., haciendo uso abundante de ellos en los ordenamientos de reforma (PIKALO, *Op. cit.*, en RDAgr., 47 (1968), 451 y 455). Lo mismo sucede en el Derecho suizo, aunque en la mayor parte de los casos tengan una configuración diferente. Pero seguramente donde más se han desarrollado estos derechos es en Derecho francés, a partir de la Ley de 19 de diciembre de 1961, donde la indivisión de la explotación se actúa mediante la atribución preferente a un sólo heredero, a través de la utilización de derechos de esta naturaleza, que se organizan del siguiente modo: 1) Una atribución preferente *facultativa* de toda la explotación, con el pago al contado a los demás partícipes; 2) Una atribución preferente *obligatoria*, para las explotaciones familiares, en que se autoriza el pago aplazado en dinero a los otros herederos; y 3) Una atribución preferente respecto a las *construcciones* y demás *inmuebles* de la explotación que viene a funcionar como un retrato de coherederos (MENASSEYRE, *Rapport au Congrès du Comité européen du Droit rural*, Luxemburgo, 1971). Un sistema parecido de protección se organiza en Italia, aunque con una tecnicificación más débil, siendo de destacar, sin embargo, por lo que a la referencia de la nota se refiere que la protección de la *empresa agrícola* se actúa también en las transmisiones *inter vivos*, mediante el reconocimiento en favor del arrendatario cultivador directo de un derecho de preferencia adquisitiva (Ley núm. 590 de 1965, incorporado a la Ley vigente sobre arrendamientos rústicos de 1971), desarrollándose también tempranamente otro tipo de protección en relación con la *minima unità culturale* (Ley de 3 de junio de 1940, en materia de colonización, incorporada en parte al *Codice civile*). Sobre el particular, especialmente E. ROMAGNOLI, *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, Firenze, 1957.

(42) A los que hay que agregar los derechos de adquisición preferente dispuestos en la legislación de arrendamientos rústicos, ya desde 1935 y el establecido con unas características especiales, en el régimen de «unidad mínima de cultivo» (artículos 43 a 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario). Es curioso hacer

*sucesión en los patrimonios separados* es común en el Derecho de reforma de todos los países (43) y más específicamente en el Derecho de colonización (44), acordándose también en los meros *patrimonios de uso y disfrute*, como puede apreciarse en la legislación de arrendamientos rústicos de la mayor parte de los países europeos (45). Los

constar que en las Jornadas de Derecho civil de Cataluña (Lérida, 1971), se hablara de la inaplicabilidad de este régimen a aquel territorio, por ir en contra de sus peculiaridades jurídicas, opinión que es rechazable de *lege lata*.

(43) Al tratar de configurar como tal al *patrimonio familiar*, que es el sistema de los antiguos *biens de famille* del Derecho francés, o del propio «patrimonio familiar», configurado como un régimen económico familiar, en el *Código civil* de 1942, para los que se establece un sistema de *sucesión excepcional*. Lo mismo viene a suceder en los Derechos forales, mediante la reducción de las legítimas, consiguiendo así la protección de la «casa» o explotación familiar, explotaciones que se configuran mediante pactos nupciales, etc.

(44) Así, en el Derecho italiano, aparecen en el Código ciertas normas que, a pesar de su colocación, son típicas de un ordenamiento de este tipo: así lo establecido sobre «unidad mínima de cultivo» (arts. 846 a 856 C. c. it.), que afecta tanto a la disposición «*mortis causa*», como a la disposición «*inter vivos*», lo que en Derecho de sucesiones se manifiesta en que, según el art. 716, la división de los bienes que constituyen el patrimonio familiar quedará en suspenso hasta que todos los hijos lleguen a la mayoría de edad, mientras que, por otra parte, el art. 720, dispone que «si en la herencia hay bienes inmuebles indivisibles», deberán ser atribuidos a un solo heredero aunque excedan de su cuota, o atribuidos a aquél heredero que tenga derecho a la cuota más grande. Como hemos visto, una función parecida tienen las disposiciones que hemos indicado en Derecho francés, aunque seguramente una mayor efectividad, por su mayor precisión técnica. Vid. para otros aspectos de la cuestión, MALEZIEUX-R. RANDIER, *Traité de droit rural*, I, París, 1972, 105 y ss., 159, etc. Muy interesante, también, es la regulación de esta cuestión en el Derecho suizo, donde existe la tendencia a *excluir de la partición* a las explotaciones agrícolas, así el art. 620 ZGB, dispone que «Si existe entre los bienes una explotación agrícola, constituyendo una unidad económica y ofreciendo medios de existencia suficientes, se atribuye enteramente a aquel heredero que lo pida y que parezca capaz de llevar a cabo la explotación; el precio se fija por el valor en renta y se imputa a la cuota del heredero» (párrafo primero). Sin embargo, puede suceder que se oponga algún heredero, o que haya varios que pretendan su atribución, en cuyo caso se resolverá conforme a los usos locales, o a la situación personal de cada uno (art. 621-1.º y 2.º) y si no quiere encargarse ninguno de los hijos tendrán derecho a su atribución las hijas, por sí mismas o por medio de sus maridos (art. 621-3.º). También se mantiene la posibilidad de su indivisión mientras haya hijos menores (art. 621 bis). Presentando este régimen excepciones, de carácter general, cuando la explotación pueda dar lugar a varias explotaciones viables, o según las disposiciones del Derecho cantonal (art. 621 quater), tomándose, en fin, una serie de medidas en relación con las cargas que ha de soportar el adjudicatario, etc. (arts. 622 a 625). En Derecho alemán, la *Ley de ordenación de los fundos rústicos*, establece criterios parecidos en materia de unidades agrarias, manteniendo para las explotaciones un régimen parecido al suizo, aunque únicamente aplicable en la sucesión legítima. Por lo demás, como subsiste el antiguo Registro de haciendas rústicas (*Höferrolle*), el propietario puede voluntariamente someter su hacienda o explotación al derecho de sucesión vinculada, mediante la inscripción en tal Registro (vid. LANGE-WULFF, *Höfeordnung Kommentar*, 6.ª ed., Múnich u. Berlín, 1966).

(45) La continuidad del arrendamiento, en favor de la familia campesina, se establece mediante la sucesión «*mortis causa*» en la relación arrendaticia, reconocida en el Derecho alemán, ya por el BGB (§ 596), pero condicionada a que los próximos parientes del arrendatario que puedan continuar en el arrendamiento se comprometan a llevarlo en las mismas condiciones, lo mismo reconoce el Dere-

principios de *heredero privilegiado* y las *formas particulares* de transmisión hereditaria de los patrimonios se manifiestan en la atribución desigual en la sucesión, como pone de relieve la *mejora* (46), o en la posibilidad de *pago en metálico* de las legítimas (47), aunque todavía existan supervivencias del pasado como las que se manifiestan en los Derechos forales (48). A la misma idea responden, en el juego de aquellos principios, la *sucesión contractual* (49) y las formas de atribución sucesoria, mediante *donaciones* (50) o por actos con trascendencia actual (efectos *inter vivos* de las disposiciones *mortis causa* (51), o el fenómeno inverso del llamado *salario diferido* (*Lidlohnrechte*), al que más adelante nos referiremos (52).

Desde el punto de vista ideológico, en todas estas materias se han dejado sentir las tensiones entre *individualismo* y *socialismo* (53), a

cho francés (art. 831 *Code rural*), siempre que exista una cierta vinculación a la explotación (términos muy parecidos a los de la continuidad en el arrendamiento protegido de nuestra legislación), lo mismo sucede en el Derecho italiano (artículos 2.158 y 2.168 C. c. it.) y con mayor amplitud en nuestro ordenamiento y en la mayor parte de las recientes leyes de arrendamientos de los países europeos.

(46) Esta institución, genuinamente castellana, es objeto también de las alabanzas de los agraristas modernos (vid. por todos: PIKALO, *Op. cit.*, en RDAgr., 47 (1968), 437 y ss.). Cubriendo perfectamente las necesidades prácticas de la conservación de una *explotación agrícola familiar*, ya que si no hay base para disponer libremente de un tercio, o si no hay remanente en dinero para el pago de las legítimas de los otros herederos, no creo que haya que preocuparse mucho por tales explotaciones, porque más vale que desaparecieran.

(47) Lo que es posible, por la propia naturaleza de la legítima en los Derechos alemán (§§ 2.303 y ss. BGB), y austriaco (§§ 774 y ss. ABGB), al consistir ésta en un mero derecho de crédito. En cambio este sistema no se sigue en el Derecho suizo, donde se establece una *reserva* de bienes en favor de los legitimarios (artículos 470 y ss. ZGB), lo mismo que en los Derechos frances e italiano, con lo que hay que acudir a la protección de la *indivisibilidad* de la explotación, como ya hemos visto, si se quieren proteger.

(48) Así la virtual reducción de la legítima hasta convertirla en algo simbólico, como sucede un poco en Aragón y del todo en Navarra, no parece se halle justificado por razón alguna. Otra cosa es el sistema legitimario de Cataluña y Baleares, como veremos más adelante, al que no hay que poner ningún reparo.

(49) Se practica directa o indirectamente en todos los Derechos forales, menos en Galicia, pero está necesitada de un tratamiento general, en cada sistema foral, pues en algunos faltan preceptos y, en otros, las regulaciones son demasiado abigarradas y confusas (Vid. J. DE LOS MOZOS-CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, VI-3, 246 y ss. 291 y ss.). En esto es de alabar la regulación de los Derechos austriaco, alemán y suizo.

(50) También, mediante *cesiones* (o «traspasos») de las titularidades de uso, hechas en favor de uno de los hijos, en el régimen de los arrendamientos, lo que se contempla en la nueva legislación europea con carácter general, pero que puede aplicarse a los fines de la conservación *post mortem* de la explotación, con extraordinaria eficacia práctica si el arrendamiento es de larga duración.

(51) Mediante ciertos *pactos sucesorios*, dotados de irrevocabilidad, o volviendo a las fórmulas medievales de la *divisio inter liberos*.

(52) Reconocido por el art. 633 ZGB, suizo, como un derecho de predetracción, verdadera *mortis causa capio*.

(53) Es curiosa la evolución de esta cuestión en Rusia, donde a comienzos de este siglo, el Derecho consuetudinario, en particular en el ámbito de las sucesiones rurales tenía un papel preponderante, incluso así fue reconocido por una Ley imperial de 1910, en la que se daba preferencia a la costumbre sobre la ley. El

las que han estado ajenas por sus peculiaridades todos los Derechos forales (54), o las más antiguas entre *libertad de testar e indisponibilidad* (por reservas o legítimas) y entre propiedad individual o propiedad familiar o colectiva, tensiones que se reaniman a lo largo del presente siglo, con ocasión de la temática de la «reforma agraria» y a través de las fórmulas jurídicas que suscita el Derecho de colonización (patrimonios familiares, unidades mínimas de cultivo, concesiones de tierras etcétera), donde con los viejos principios de la tradición germánica o romana, pugnan las soluciones, unas veces a través de la tendencia socializadora, otras de la tendencia libertadora, siendo esta última la que ha venido a predominar, durante los últimos decenios, adquiriendo con ello un signo nuevo la máxima que llegó a hacerse famosa durante los años veinte y los años treinta: *Bauerland in Bauernhand* (la tierra para los que la cultivan) (55) ya que, actualmente, más que discutir un derecho de propiedad sobre la tierra se plantea la *productividad* del cultivo de la tierra y la protección del que asume el riesgo de cultivarla.

Si a lo ya dicho, añadimos que, en el *Derecho general*, aplicable a todo el territorio nacional, se ha producido una progresiva legislación de *arrendamientos rústicos*, desde 1935, aunque hoy esté, de nuevo, necesitada de una urgente reforma (56) y una incesante *legislación de colonización*, que tanto en la actuación de «zonas regables», como en materia de «concentración parcelaria», ha producido nuevos tipos de *unidades agrarias* (57), desarrollándose una tendencia de protección

---

patrimonio familiar en la época presoviética venía constituido por la *propiedad colectiva* de todos los miembros de la familia rural (mucho más amplia que la familia urbana), con la muerte de uno de los miembros de la familia se operaba el acrecimiento en favor de los demás, la sucesión se abría únicamente con la muerte del último de los miembros de la familia, o sea, del último cultivador de la explotación, regulación que viene aceptada por el Derecho bolchevique para las pocas explotaciones independientes que se conservan, fuera de la propiedad colectiva y, también, para el régimen del *Kolhoz* (PIKALO, *Op. cit.*, en RDAgr., 47 (1968), 440). M. ALONSO LAMBÁN, *Observaciones a propósito del «hogar Roljósiano»*, en *Temiç*, 1964, 143 y ss.

(54) Algunas actualizaciones, realmente positivas, no han sido siempre bien comprendidas, así la llamada «germanización» de la Compilación aragonesa, o la tendencia simplificadora que presidió la Compilación catalana, posteriormente criticada, otras se han mantenido en la línea exagerada y retardataria, por lo que a la significación de la peculiaridad foral se refiere, como en la Compilación navarra, que no deja de ofrecer algunos aspectos pintorescos. Pero pocas veces se han traducido, en estos cuerpos legales, las tensiones de este siglo.

(55) Más exactamente se podría traducir aquella frase por la expresión: «La tierra para los campesinos».

(56) La legislación española, ya desde 1935, se anticipó extraordinariamente a la de los Derechos europeos, concibiendo el contrato de arrendamiento de finca rústica como un contrato para la empresa, reconociendo la sucesión en el arrendamiento, los retractos, el arrendamiento colectivo, etc., lo que se ha venido perfeccionando en sucesivas reformas hasta 1959. Pero actualmente requiere una modernización para adaptar la institución a las exigencias de la agricultura moderna.

(57) Con independencia del «patrimonio familiar» y de otras unidades de colonización, esta legislación ha incrementado la «indivisibilidad» de los fundos, como medida de conservación indirecta de las explotaciones.

a la explotación agrícola familiar, que se inicia con la Ley de *unidades mínimas de cultivo* de 15 de julio de 1954 (58) y que culmina en la nueva regulación de esta materia, especialmente en relación con la transmisión «mortis causa», por los arts. 43 y ss. de la *Ley de Reforma y Desarrollo agrario* (59), nos daremos cuenta que, introducidos, en nuestro ordenamiento, los principios de un nuevo «Derecho sucesorio agrario» esto aporta, a la visión del Código civil, donde se contienen instituciones que sirven a esta finalidad y a la visión de los Derechos forales, una nueva perspectiva para la reconstrucción del Derecho nacional, sin llegar a magnificar las pretendidas diferencias regionales (60), aunque tampoco se trate de suprimirlas, sino de armonizarlas y someterlas, conforme a su respectiva tradición jurídica, a las necesidades sociales y económicas de nuestra época. Es decir, no solucionaremos este problema, únicamente, desde el Derecho de reforma de la agricultura, prescindiendo de los Derechos forales, pero tampoco lo conseguiremos, llevados de una crítica exagerada del Código civil, prescindiendo de la tradición jurídica castellana (61) y del Derecho general, porque en aquélla se asienta el Código civil y, en éste, las incitaciones y las exigencias jurídicas de la hora presente, sólo así podremos hacer evolucionar, en estos tres aspectos, al conjunto del Derecho civil español, consiguiendo entre sus partes una mayor armonía, para que ello sirva de fundamento y de punto de partida para la elaboración de un Derecho agrario que sea auténticamente eficaz (62).

(58) Por todos y, en particular, en relación con los aspectos sucesorios, M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *La conservación de las unidades agrarias*, en ADC, 12 (1959), 939 y ss.

(59) Así el art. 46, de aplicación a todo el territorio nacional, establece la indivisibilidad de las fincas en la *partición*, por bajo del límite permitido en el art. 44 (que la división no dé lugar a parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo), estableciéndose la adjudicación a uno solo de los herederos. Vid., sin embargo, una interpretación equivocada: F. CORRAL DUEÑAS, en RCDI, núm. 495 (1973), 353-364, nota 2. También se establecen normas especiales para las *tierras adjudicadas en propiedad*, que no formen patrimonios familiares (adjudicación a un solo heredero, en su caso y pago en metálico del exceso en su cuota legítima): art. 35 LRDA.

(60) En este sentido cabe calificar la interesante aportación, por otra parte, de mi querido colega y amigo, L. MARTÍN-BALLESTERO, *Hacia un Código civil de las Españas*, Zaragoza, 1973.

(61) La pretendida «españolización» del Código civil, sólo puede hacerse desde la tradición jurídica castellana, o al menos, para llevarla a cabo no se puede prescindir de ella, aunque haya que tomar en cuenta a los Derechos forales, lo contrario entrañaría una desigualdad injustificada.

(62) Lo que no se puede nunca es tratar de desarrollar un Derecho foral, desde el punto de vista de las peculiaridades regionales, como se pretendía para el País Vasco y Navarra, en el espíritu de la organización de una «Mesa Redonda», hace unos años, en la Universidad de Deusto, porque esto habría de tener un fundamento distinto, incluso tampoco estaría justificado con una fuerte estructura política regional, porque el Derecho privado (salvo las peculiaridades pertinentes y a salvo de los respectivos principios sistemáticos) tiende a la uniformidad, avalada por la convivencia común. Vid. *El Derecho privado vasco-navarro ante la codificación*, en *Estudios de Deusto*, 45 (1972), 87 y ss.

### 3. EL SISTEMA DE LEGITIMAS Y LA «LIBERTAD DE DISPONER» DE LA LEGITIMA COMO NUCLEO CENTRAL DE LA CUESTION.

Siguiendo a Vallet de Goytisolo, podemos establecer en materia de legítimas la existencia de tres sistemas fundamentales (63), a saber:

A) *Llamamiento de la ley directamente al legitimario*, atribuyéndole una «porción hereditaria». Este sistema prescinde de la voluntad del testador y atribuye una parte de la herencia, directamente, a los legitimarios. El *Derecho germánico* ofrece el prototipo de este sistema. En él proceso de aparición de la legítima se contrapone al de la legítima romana. Esta nació para corregir una *libertad testamentaria absoluta* (64), mientras que en los Derechos germánicos, la *reserva* aparece como un correctivo de la *indisponibilidad absoluta*, basada en la continuidad del patrimonio familiar (65). Sólo de manera excepcional se fue admitiendo que el testador pudiera disponer de una parte, mientras el resto seguía vinculado, reservado a los herederos de sangre (respondiendo al principio: *Seulement Dieu pouvait faire l'héritier* (66). Eran por tanto herederos solamente los designados por la ley y no los que quisiera el causante. Por ello, cuando en este sistema se admitió el testamento, sólo sirvió para la *ordenación de legados*. Este sistema es el seguido, con algunas modificaciones, por el *Code civil francés* (67).

Ahora bien, dentro de este sistema *la ley puede llamar* a título universal o a título singular. Esta última modalidad, aparece en el Código civil español, en el caso de la *legítima del cónyuge viudo* que constituye un llamamiento que la ley hace a *título singular* y que, a diferencia de otras legítimas del mismo Código, actúa como tal atribución legítima con independencia de lo que haya dispuesto el causante.

B) *Legítima como un «derecho de crédito» contra la herencia.*

Este sistema representa la posibilidad opuesta al anterior, el legitimario sólo tiene un *derecho personal* para obtener el pago de la legítima consistente en una suma de dinero calculada en proporción del valor de la herencia en el momento de la apertura de la sucesión. *No hay llamamiento de la ley* a favor del legitimario y éste no tiene el concepto de heredero o de condómino en relación con el patrimonio hereditario,

(63) *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, 1963, 285 y ss. y en CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil español, común y foral*, VI-2, Madrid, 1973, 471 y ss. y últimamente, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*: I, *Las legítimas*, 1 y 2. Madrid, 1974. Vid., también, J. L. LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, 1973, 1 y ss.

(64) Vid. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, 2.<sup>a</sup> ed., München, 1971, 91 y ss., 709 y ss.

(65) Vid. H. PLANITZ, *Principios de Derecho privado germánico*, cit., 343 y ss.

(66) Sobre la extensión de este sistema al Sudoeste de Francia es muy interesante el reciente libro de J. POUWAREDE, *Les successions dans le sud-ouest de la France au moyen âge*, París, 1972.

(67) Vid. BONECASE, *La philosophie du Code Napoleon*, París, 1928, 22 y ss.; PLANIOL-ROPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, IV, revisado por MAURY y VIALLETON, París, 1956, 743 y ss.

a lo sumo tendrá un derecho de garantía para conservar y asegurar su derecho. Es el sistema en líneas generales del BGB (68) y también del Derecho austriaco (69). A este sistema se acerca mucho, aunque sin pertenecer a él, rigurosamente, el sistema del Derecho de Cataluña y de Baleares. Su origen es debido a la recepción del Derecho romano justiniano, que se acusa de manera más fuerte en los países alemanes y en estas regiones españolas que en ninguna otra parte. Sin embargo, Vallet, incluye a estos Derechos forales españoles en el sistema siguiente (70).

C) Sistema legitimario de *reglamentación negativa*, o como freno a la libertad de testar.

Esta es la modalidad que más nos interesa, porque en su amplio campo de posibilidades encontramos la legítima del Código civil y, según Vallet, al Derecho catalán (71).

La ley impone un *deber jurídico al testador* para que disponga de parte de sus bienes a favor de los legitimarios, pero si *incumple* este deber, la ley *no hace ningún llamamiento directo* a los favorecidos para que reciban los mismos bienes precisamente como legitimarios, sino que *declara nula* (de manera total o parcial, según los casos) la *institución de heredero* hecha por el testador, con el resultado de que la herencia queda sin disponer y provoca la apertura de la sucesión intestada (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decere potest*), a diferencia del antiguo Derecho castellano y del Código civil, que admiten esta compatibilidad (72). Si el perjuicio a la legítima *no deriva de la institución de heredero*, sino de donaciones o legados, la ley decreta su anulación o reducción para que no perjudique a la legítima (inoficiosidad).

Vallet indica que este sistema entraña dos aspectos, uno *contable*, para señalar el valor mínimo de la legítima y otro *normativo*, para proteger el derecho del legitimario (73).

Pero este sistema, a su vez, ofrece diversas posibilidades o *modalidades*:

a) Imposición legal al testador de atribuir la legítima a *título de herencia*. Esta modalidad corresponde, históricamente, al sistema de la Novela 115 de Justiniano y a las *Partidas*, dándose algo atenuado (en que sólo se manifiesta en cuanto al *honor del título de heredero*), en el antiguo Derecho castellano, precisión que me parece hay que añadir a las observaciones de Vallet (74).

b) Imposición al testador de la obligación de atribuir al legitimario *bienes de la herencia*, hasta llegar a una porción del activo líquido fijada

(68) Ya nos hemos referido a esto, anteriormente, ahora vid. por todos, H. LANGE, *Lehrbuch des Erbrechts*, 426 y ss.

(69) Vid. F. GSCHNITZER, *Erbrecht*, Wien, 1964, 84 y ss.

(70) *Ibid.* nota 63 *supra*. Vid. también, J. L. LACRUZ, *Derecho de sucesiones, Parte General*, 180 y ss. y *Notas a BINDER*, *Op. cit.*, 291 y nuevamente, *Derecho de Sucesiones*, II, 1973, 1 y ss.

(71) *Loc. cit. ibid.*

(72) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, VI-3, cit., 50 y ss.

(73) *Panorama*, cit., 285 y ss.

(74) Vid. por todos, GUTIÉRREZ, *Códigos*, III, 282 y ss.

por la ley, cuando se trata de la legítima de los descendientes y de los ascendientes legítimos (lo que se extiende a la adopción, después de la Ley de 1970, en el Código civil, en el caso de la adopción plena (75), con algunas excepciones qua ya señalaremos. Es el sistema del Código civil.

c) A base de la misma obligación de atribuir bienes de la herencia, la ley *puede autorizar* al testador o al heredero *para hacer efectiva la legítima en dinero*, es el caso de las *excepciones* que contempla el Código civil (en los supuestos del art. 1.056-2.<sup>º</sup> y del art. 829 y para la legítima de los hijos naturales, art. 840-2.<sup>º</sup>), fórmula que, en cambio, se establece como principio general en los Derechos de Cataluña y Baleares (art. 137 de la Compilación de Cataluña; y ampliándose notablemente las excepciones en el Derecho de Ibiza y Formentera, art. 81 de la Compilación de Baleares).

Sin embargo, no me parece que correspondan a este grupo los restantes Derechos forales (Navarra, Aragón y Vizcaya), donde la legítima es meramente *simbólica*, a pesar de la autorizada opinión de Vallet, porque si es simbólica no es legítima. Evidentemente, en estos Derechos forales, pervive la influencia vulgar del Derecho germánico (76), dando lugar a un sistema distinto de los tres sistemas que hemos expuesto, en el que, los bienes de la herencia quedan, prácticamente, vinculados a la familia, no existiendo, tampoco, una *verdadera libertad de testar* (o reconociéndose ésta dentro de límites muy estrictos) (77), además que, esa misma libertad, en la medida que existe, se orienta *en beneficio de la casa o caserío* y para privar de la legítima, en la práctica, a todos los descendientes menos a uno, en el que se personifica la continuidad de la casa y de la familia, por eso, en estos sistemas, ni existe verdadera *libertad de testar*, ni existe *verdadera legítima*, al sustituirse la legítima individual por una *legítima colectiva* (78).

Dejando esta cuestión a un lado que, innecesariamente, puede hacerse polémica, vemos que las diferencias entre el Código civil y el Derecho catalán o balear no son tantas (incluso el Derecho de Mallorca se halla más próximo, en este punto, al Derecho castellano), pero además, si tenemos en cuenta las posibilidades que se establecen, en el Código civil, para atribuir la legítima mediante mejora, donación o legado, estas diferencias, en algún sentido, se acortan, ya que el concepto de *bienes de la herencia*, para la *colación* y para el *cómputo de la legítima y de la mejora*, se amplían con el *donatum* que se añade al *relictum* para llevar a cabo tales operaciones.

(75) Vid. por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, VI-2, 494 y ss.

(76) En algunas materias las semejanzas con el Derecho ultrapirenaico son evidentes, vid. POU MAREDE, *Op. cit.*, 251 y ss., 285 y ss. y 315 y ss.

(77) Viene dificultada, naturalmente, por capitulaciones y pactos nupciales, con alcance «*mortis causa*» y por la propia condición de los bienes (troncalidad, reversión, recobro, etc.).

(78) Responde este sistema a la pervivencia del arcaísmo que se ha conservado en el *particularismo foral* y que, en su día, fue expresión de una *concepción señorial* de la familia que ha desaparecido en el Derecho moderno.

Por otra parte, el que la legítima pueda atribuirse a *título de herero* (arts. 813-2, 817, 819, etc., C. c.), de *legado* (art. 815, en relación con el art. 806 C. c. y arts. 1.038 y 1.039 LEC.) o de simple legítimo *en su cuota* (arts. 806 y 818, etc., C. c.), es cuestión que, actualmente, viene aceptada por la mejor doctrina (79).

Es por lo que, de acuerdo con estos argumentos, se puede decir en relación con el objeto de este trabajo, que siempre que haya dinero en la herencia y quiera el causante o testador mantener indivisa la *explotación agrícola* le sobran recursos y medios para ello. Bien es cierto que, el ordenamiento debe procurar el establecimiento de una cierta ordenación coactiva de la materia, para corregir la falta de previsión del titular de la explotación, pero a esto puede llegarse, también, partiendo del Código civil, sin necesidad de forzar ni modificar su propio sistema, introduciendo pequeñas reformas que, unas, serían trasunto, en este campo, de una nueva concepción de la propiedad y, otras, correcciones de un simple punto de vista que prevaleció en la codificación y que no supo, posiblemente por el ambiente en que se produjo, sacar partido de la propia tradición jurídica castellana. Por eso hay que rechazar de plano el que el Código civil, en tema de conservación de las *unidades agrarias* y de la *propia explotación agrícola*, a través de la sucesión «*mortis causa*» tenga que ser corregido desde el Derecho foral, aunque otra cosa es que las diferentes técnicas que se presentan en los Derechos forales (especialmente en los de *tradición culta*, como los de Cataluña y Baleares), sirvan para suscitar el reencuentro con la propia tradición vernácula del Código civil (80).

#### 4. CRITERIOS QUE NO SIRVEN A LAS NECESIDADES DE LA AGRICULTURA MODERNA, PROVENIENTES DE LOS DERECHOS FORALES Y DEL CONCEPTO DE «PATRIMONIO FAMILIAR» SURGIDO EN EL DERECHO DE COLONIZACIÓN.

Ya hemos visto que existe una peligrosa connivencia entre lo que hay de arcaico en los Derechos forales y algunas creaciones, ya superadas, en el panorama del Derecho agrario comparado y que, únicamente, se justifica su supervivencia de modo marginal, en cuanto sirven para resolver, en ocasiones, un problema puramente *laboral*, como son los *patrimonios familiares* en nuestro Derecho, u otras figuras afines en casi todos los ordenamientos, bien debidas a la política de colonización o a

(79) Vid. J. L. DE LOS Mozos, en *Op. cit.*, en RDN, 27 (1960), 224, nota 380, donde se recoge un amplio elenco doctrinal; VALLET, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, VI-2, 479 y ss. 453 y ss.

(80) Esta y no otra es la técnica, bien entendida, del Derecho comparado, que no supone como creen algunos, ingenua y superficialmente, simple introducción de fórmulas jurídicas extrañas, sino remodelación sistemática, en contraste con las ideas ajenas, ya que el Derecho comparado implica comparación de sistemas, no de legislaciones, instituciones o fórmulas jurídicas.

un absurdo renacimiento de figuras tradicionales, conservadas especialmente por los Derechos forales, en España, o por los Derechos territoriales o provinciales, en otros países (tal sucede en Alemania, en Austria, en Suiza o en Italia) y cuya generalización no tiene ningún sentido, en el contexto ideológico o incluso en el económico social, ya que lejos de servir a los intereses de la *explotación agrícola*, nos dan una visión degradante y retardataria del justo planteamiento de esta compleja problemática.

Esta ignara actitud se encuentra cuando se permiten algunos, a lo que ya hemos aludido y reiterado, tratar de redimir de la «incuria liberal e individualista» al Código civil de su inadecuado *sistema de legitimas*, atribuyendo al mismo el fraccionamiento de las *unidades agrarias* y, para evitarlo, se pretende reducir la cuota legitimaria del tercio al cuarto, o suprimirla en absoluto, en interés de la conservación de tales unidades agrarias. Sin tener en cuenta que un sistema legitimario, como el del Código, no ha impedido el desarrollo de la agricultura en regiones como Valencia o Murcia, ni tampoco el llegar a establecer, en todas partes, verdaderas explotaciones modelo, que no sólo se encuentran en Aragón o en Navarra. Cuando especialmente en estos territorios, lo mismo que, en el resto de las provincias sometidas a los diversos Derechos forales, se encuentran instituciones que no sólo favorecen la conservación de la explotación agrícola, sino que la dificultan, notablemente, causando extrañeza el hecho de que algunos foralistas que tanta diligencia han demostrado para denunciar el individualismo del Código civil y otros muchos defectos, no la hayan tenido igual para lamentar el arcaísmo del Derecho foral, sobre todo, cuando se muestra contrario para servir a tales intereses (81).

Ahí tenemos el principio de la *troncalidad*, que se manifiesta incluso en Cataluña (arts. 251 y 272, que ha acogido la reserva del art. 811 C. c., institución realmente híbrida y extraña a la tradición jurídica castellana), aunque es más fuerte en Navarra, Aragón y Vizcaya (lo que en este último territorio se incrementa por el propio carácter troncal de la tierra, como es sabido) y que da lugar a consecuencias perturbadoras para el desarrollo y el mantenimiento de la unidad de la explotación, no sólo mediante las *reservas*, sino también a través de los *recobros* y las *reversiones* (81), influyendo en todo el sistema de la *sucesión intestada* de los Derechos forales (82).

Sin embargo, esto no quita para que reconozcamos que los Derechos forales, presentan una serie de principios que puede incorporar el Derecho sucesorio agrario, a saber: flexibilidad legitimaria, elección del sucesor con tiempo y con garantías para disponer y elegido (pactos sucesorios, etc.), utilidad del testamento mancomunado; elección *post mortem* del sucesor de la explotación (fiducias de elección y distribución) y usufructos de regencia.

(81) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, en CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil*, VI-3, 197 y ss. Sin embargo, esto no quita para que reconozcamos que los Derechos

(82) Sin embargo, como ya he dicho en otro lugar, integrando la exposición de CASTÁN TOBENAS, «dada la diversidad de las legislaciones forales poco podemos decir, en general, que sea aplicable a todas ellas en relación con el tema que nos ocupa. No obstante, cabe establecer una clara diferenciación, pues mientras las legislaciones de Cataluña y Baleares aceptaron, para regular la sucesión intestada,

Por otra parte, el propio *orden de suceder*, en esta forma de sucesión, se encuentra mejor dispuesto, en el Código civil que, en general, en los Derechos forales, por eso es de alabar la medida que ha adoptado la Compilación de Cataluña (art. 248), al proclamar que la sucesión intestada se regirá por lo dispuesto en el Código civil, salvo las especialidades contenidas en los arts. 249 a 251, por la convicción de que el sistema del Código civil es preferible al romano-catalán (83), ya que con la configuración del segundo llamamiento del sistema justiniano, al coexistir ascendientes con colaterales existe un mayor peligro de desmembramiento del patrimonio familiar que siguiendo el Derecho castellano, donde los ascendientes excluyen absolutamente a los colaterales (84). Esta misma tendencia se deja sentir en las Compilaciones de los demás Derechos forales, excepto la de Navarra (Ley 300), aunque sin embargo, a diferencia de lo que sucede en Cataluña y Baleares, ese acercamiento al Derecho del Código civil queda prácticamente sin efecto por influencia de la *troncalidad*, bien mediante los derechos de reversión y de recobro, o bien mediante la sucesión troncal en sentido estricto (85), que dificultan la continuidad del patrimonio familiar, al menos en sentido moderno. Materia que debiera de ser revisada, convenientemente, aunque se trata de una cuestión de la que aquí no podemos ocuparnos.

También existen otras instituciones de los Derechos forales que son contrarias a la protección de la explotación agraria, o cuyo fundamento es muy dudoso en un Derecho moderno y a alguna de las cuales ya nos

---

el Derecho romano justiniano, las de Aragón, Navarra y Vizcaya —más influidas por elementos populares y autóctonos— tienen un sistema propio y por cierto, bien diferente del romano, pues no está fundado como éste último, en la base personal y psicológica de la presunción del afecto, sino en el principio real y sociológico de la troncalidad, de clara estirpe germánica y medieval. Diferencias que se mantienen al presente a pesar de la publicación de las Compilaciones» (*Ibid.*, 197).

(83) ROCA SASTRE, *Los elementos componentes de la Compilación*, en *Commentarios a la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1961, 27 y ss.; CONDOMINES VALLS, *Proyección de la Compilación en los medios rural y urbano*, en *Ibid.*, 103 y ss.

(84) Así dice, ROCA SASTRE, que «con el régimen intestado romano de las Novelas 118 y 127 de JUSTINIANO, el patrimonio relícto se distribuirá entre la madre y los hermanos del heredero difunto, e hijos de hermanos premuertos. Esto entrañará la pulverización y desaparición de tal patrimonio, pues éste, por su potencialidad económica, solamente podría subsistir en una sola mano, sin perjuicio del pago de las legítimas. En cambio, con el sistema intestado del Código civil, dicho patrimonio es heredado en bloque por la madre del heredero difunto, la que podrá reanudar la continuidad patrimonial (a pesar de haber sufrido el trámite de la sucesión intestada) mediante llamar a otro de sus hijos, que seguramente será el más idóneo de ellos y con vocación para regir la casa. Esta mera posibilidad que ofrece este segundo sistema para la referida comunidad patrimonial fue razón suficiente (a pesar de haber otras) para que la Compilación aceptara la aplicación a Cataluña del régimen intestado del Código civil, si bien con dichos condicionamientos (*Elementos*, loc. cit., 28).

(85) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, VI-3, 229 y ss. y allí bibliografía. 204.

hemos referido anteriormente (86), aquí nos vamos a fijar solamente en el hecho de que muchas instituciones forales se hallan dominadas por la idea de la *propiedad familiar*, lo que acerca la cuestión al planteamiento del Derecho de colonización, en torno a los *patrimonios familiares* y cuya configuración técnica, desde el punto de vista del Derecho sucesorio, hay que encontrarla en la *sucesión excepcional*, que, en otros tiempos, era la propia de los *mayorazgos* y *vinculaciones*, instituciones que cayeron por las indudables conquistas del progreso jurídico que se llevó a cabo a lo largo del pasado siglo, con independencia de la oportunidad con que se llevaran a efecto estas reformas.

Efectivamente, el individualismo jurídico impulsa una política legislativa que va contra la «inmovilización» de la propiedad, gracias al cual, ha sido posible en buena parte, al progreso material y la modernización del país. Pues bien, esto se manifiesta, en el Derecho de sucesiones, en la liquidación de la llamada *sucesión excepcional*. Sin embargo, lo mismo que ha surgido una nueva concepción de la propiedad que se manifiesta en la disciplina de las *unidades agrarias*, se ha pretendido hacer resurgir a la *sucesión excepcional*, pero aquí no se dan las mismas razones, en su favor, que en materia de Derecho de cosas, ya que la sucesión excepcional, por su mismo carácter, sólo puede aparecer, en el conjunto del ordenamiento jurídico, excepcionalmente. Ni siquiera cabe invocarla para proteger los intereses de los más débiles (porque los más débiles son los individuos y no las familias campesinas que deban conservar su patrimonio), sino excepcionalmente, por razón de los intereses superiores de la comunidad (87), nunca como fórmula definitiva, sino más bien transitoria, como primer estadio de una transformación económico-social que aspira a ganar otras metas que la «vinculación del hombre a la tierra». Por eso, lo que se ha llamado «nuevo sentido» de la sucesión excepcional, ha sido superado (88), no sólo respecto del Derecho tradicional, donde tuvo el carácter originario de un privilegio de clase, tanto en la tradición castellana, como en los Derechos forales, sino también en la

(86) La preocupación de los Derechos forales por su supervivencia, ha impedido en ellos una evolución actualizadora, por otra parte, una cosa es establecer unas instituciones que sirven a un tipo de agricultura hoy superado (realmente, una agricultura de subsistencia) y otra muy distinta es que se puedan utilizar, sin más, tales instituciones, como formas de nuevo Derecho especial, o propio de la agricultura, el Derecho agrario. Dificultad que ya advirtió T. ASCARELLI (con referencia a la supervivencia de los Derechos tradicionales a este respecto: *Ordinamento giuridico e processo economico*, en *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 49). Incluso la llamada «libertad civil», idea común a los Derechos forales según J. COSTA, resucitada, en nuestros días, por VALLET (*La libertad civil según los juristas de las regiones de Derecho foral*. Discurso en la «Academia de Jurisprudencia», Madrid, 1967), tiene indudablemente, más bien, un significado patrimonial (acumulación y conservación de bienes) que social, dejando a un lado sus matices señoriales.

(87) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, VI-3, 324 y ss., 349 y ss.

(88) A ese nuevo sentido, alude PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V-3, Barcelona, 1963, 472 y ss., entre otros, y, también, CONDOMINES VALLS, *Op. cit.*, en *Curso de Conferencias*, 129 y ss. Sin embargo, este autor rectifica al considerar el cambio de las condiciones sociales y económicas modernas: *Crisis del Derecho sucesorio*, en ADC, 23 (1970), 701 y ss.

deformación «fascista» y totalitaria del primitivo Derecho agrario moderno (89). Tomadas estas cautelas y desde este punto de vista vamos a referirnos, seguidamente, a las manifestaciones de este tipo de sucesión en nuestro Derecho de colonización.

## 5. LA «SUCESIÓN EXCEPCIONAL» DE LOS PATRIMONIOS, EXPLOTACIONES Y HUERTOS FAMILIARES.

a) *Patrimonios familiares*: Como en parte ya hemos anticipado, no sólo en relación con la agricultura, sino también, en general, esta figura jurídica suscitó en toda Europa, grandes entusiasmos, hace cuarenta o cincuenta años (90), llegando al plano legislativo, entre nosotros, con bastante retraso, produciéndose en el ámbito de la *colonización de zonas regables* (Ley de 21 de abril de 1949 y 14 de abril de 1962, a la que hay que agregar la Ley de 27 de julio de 1968, sobre «asignación de tierras de colonización») (91), vieniendo regulados por la *Ley de 15 de julio de 1952* y por las OO. MM. de 27 mayo y 27 de julio de 1953. Tanto por el retraso con que llega la institución a nuestro Derecho, como por el ámbito reducido en el que se desenvuelve, no presenta, en la práctica, el interés que fuera de desear, pues en el plano jurídico y social, la *colonización de zonas regables* ha sido un fracaso (92). Actualmente hay que añadir que esta materia se ha integrado en los arts. 36 a 42 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Los patrimonios familiares están constituidos por los lotes que el Instituto Nacional de Colonización (hoy Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario) adjudique para tal finalidad con carácter definitivo, junto con los bienes que los adjudicatarios puedan aportar. Forman una unidad integrada por las tierras a él adscritas, la casa de labor, los elementos de trabajo, ganado, granjas y, en general, los bienes y derechos inherentes a la explotación (93).

El patrimonio familiar ha de estar atribuido a una persona física como titular del mismo, lo que domina como principio fundamental su transmisión «mortis causa» (art. 2.º LPF., art. 36-2.º LRDA.) ya que como *indivisible*, sólo puede ser transmitido a un *heredero único*, perteneciente a la familia puesto que se le considera como patrimonio *vinculado* a la misma, rigiéndose por un «orden de suceder» propio, supeditado a la masculinidad y a la profesionalidad, para lo cual se reducen las legítimas de los dos tercios a uno, autorizándose su liqui-

(89) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Estudios de Derecho agrario*, 26 y ss.

(90) Vid. CASTÁN TOBEÑAS, *Familia y propiedad*, Madrid, 1956, 94 y ss. allí bibliografía.

(91) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Las «tierras en exceso» en el conjunto del ordenamiento de colonización*, en RDP, 1965, 287 y ss. y *La ordenación rural en la nueva Ley española de 27 de julio de 1968*, en RDAgr., 48 (1969), 161 y ss.

(92) No por deficiencias en la técnica utilizada, sino por el retraso con que se ha producido, en desconexión, por ello, con el desarrollo económico social del país.

(93) LUNA SERRANO, *Op. cit.*, 5-6.

dación en metálico a los demás legitimarios, exonerando al sucesor de las deudas hereditarias (aparte de su carácter *inembargable*) y confirmando al *viudo* y a otros miembros de la familia ciertos derechos que exceden del ámbito propiamente sucesorio (alimentos y acogimiento en casa, que son más bien *mortis causa capiones* o simples derechos de familia). No obstante, como el patrimonio familiar se configura como un *patrimonio separado*, los demás bienes que corresponden al titular se rigen por las normas comunes, salvo que hayan de quedar afectados al pago de las legítimas reducidas, en la medida que sea concurrente. Por otra parte, solamente puede ser objeto de *sucesión voluntaria* cuando el titular dispone a favor de un heredero forzoso (legitimario) que reúna las condiciones de *profesionalidad* exigidas y pudiendo ser sucesor, en el mismo, un *familiar cooperador* que no tenga carácter de legitimario, cuando el valor del patrimonio familiar no exceda de la parte de libre disposición. También podrá el titular disponer a favor de varios herederos forzados cuando sea válida la desintegración del patrimonio familiar (arts. 13 y 14 LPF., y 42-2.º LRDA.). La viuda, mientras no contraiga nuevo matrimonio, tendrá derecho al *usufructo vitalicio* sobre el patrimonio familiar. Cuando no existan bienes de otra clase y no se puedan pagar las legítimas, responderá de éstas el patrimonio familiar hasta el límite máximo del tercio de su valor y el titular deberá efectuar el pago antes de seis años (arts. 9 y 12 a 16 LPF. y art. 42-1 LRDA.). Como vemos, el patrimonio familiar guarda semejanza con muchas instituciones del Derecho tradicional, pudiendo hallarse formas semejantes en los Derechos forales (94), siendo criticable el que, para mantener su indivisibilidad, haya que reducir las legítimas.

b) *Explotaciones familiares*: La ley de 14 abril de 1962, quiso llevar a cabo un intento de protección de las que denomina *explotaciones familiares mínimas*, pero no lo consigue, ya que hablando de protección de explotaciones, se refiere únicamente a *unidades mínimas*. No obstante, lo que quiso probablemente el legislador fue hacer otra cosa, ya que conectando la formulación de esta ley con la tendencia manifestada en Concentración Parcelaria y en Ordenación Rural de, partiendo de la concentración de tierras, llegar a la concentración de explotaciones hubiera podido hacer algo más concreto en interés a la unidad de la explotación, en el sentido del *fundus romano*, con lo que se hubiera acercado con más eficacia a lo que pretendía y con ello a un aspecto interesante de la *unidad de la casa*, propia del Derecho consuetudinario y foral (95).

Un sentido más positivo tiene la regulación de las *explotaciones familiares*, constituidas sobre la base de los terrenos adjudicados y las aportaciones del titular, con motivo de la colonización, contenida en la Ley de 27 de julio de 1968, actualmente recogida en los arts. 21 y 34 y 35 LRDA., ya que en esta regulación, con acertado sentido, se contempla únicamente la posibilidad de *mantener la indivisión* de la explota-

(94) LUNA SERRANO, *Op. cit.*, 209 y ss.

(95) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *Op. cit.*, en AAMN, 1968, 600 y ss.

ción, en el caso de que no sea declarada divisible, a través de la sucesión «mortis causa», mediante su *adjudicación a un titular único*, sin modificar para nada las reglas sucesorias que conforme al Código civil o a los Derechos forales sean aplicables (ya que en estos casos no se constituye «patrimonio familiar») (96), salvo con las excepciones que atañen a la consecución de esta finalidad (art. 35-1.<sup>º</sup> LRDA.). Si concurren a la sucesión dos o más herederos, o existen más de un legitimario, para conseguir la indivisibilidad de la explotación basta con que el adjudicatario asuma la *obligación de pagar el exceso en dinero* a los no favorecidos (art. 35-4.<sup>º</sup>) (97), quedando los bienes de la explotación afectos al pago de esas cantidades, hasta tanto que sean satisfechos (98).

Por otra parte, se establece un sistema muy flexible en la determinación de quién ha de ser el adjudicatario, bien por testamento, por decisión de los herederos, o por designación legal (en favor del de mayor edad) (99). Llegados a este punto hubiera sido muy interesante también el que el cónyuge viudo, aparte de su derecho de usufructo a la totalidad de la explotación, tuviera el derecho de designar al heredero o legatario que haya de atribuirse (100). Con lo que, aparte de esta observación, se consiguen las finalidades que se pretenden, sin tocar para nada el sistema de legítimas (101), con la única salvedad de que, entre descendientes

(96) Existe también un régimen particular de adjudicaciones a título de «concesión administrativa» (arts. 29 a 33 LRDA.) que contiene también normas especiales de Derecho sucesorio (art. 32).

(97) Cfr. «El adjudicatario tendrá en su caso, la obligación de abonar el exceso en dinero a los herederos que sean legitimarios. Si el adjudicatario fuera un legitimario, tal obligación se limitará al importe de la parte que a éstos corresponde en el tercio de legítima estricta, salvo que hubiere otros bienes en el caudal relictos bastantes para su pago, o que con arreglo a la legislación civil aplicable, la legítima fuere de cuota inferior. La determinación de la legítima se hará computando en la masa hereditaria como valor de la explotación el que resulte de su tasación a este efecto por el Instituto, el cual, al realizarla, deducirá el importe de las subvenciones que haya otorgado.»

(98) Cfr. «Los bienes quedarán afectos al pago de las cantidades que deban ser abonadas en compensación del exceso por el adjudicatario, y si en el documento particional no se acreditara haber sido satisfechas, se hará constar la afección por nota marginal, en el Registro de la Propiedad. La nota caducará a los cinco años de su fecha.»

(99) Cfr. «A falta de disposición testamentaria al respecto, la adjudicación se hará al legitimario que lo pretenda y hubiere cooperado habitualmente en el cultivo, o al que de entre ellos elijan por unanimidad, si existen varios en quienes concurren tales circunstancias. Si no existieren legitimarios cooperadores, la explotación se atribuirá al que elijan entre ellos, unánimemente los herederos. En defecto de acuerdo, la adjudicación se hará en favor del de mayor edad.»

(100) Cfr. «Si concurrieren a la sucesión dos o más herederos y la explotación no fuere declarada divisible, se adjudicará ésta a uno solo. El testador sin perjuicio del usufructo sobre la totalidad de la explotación, que en todo caso corresponderá al cónyuge supérstite que sea cultivador directo, podrá designar al heredero a quien haya de atribuirse ésta. Si hubiere legitimarios hará la designación entre ellos, salvo justa causa de desheredación.»

(101) De este modo, cuando sea preciso, la legítima de los dos tercios, según el Código civil, queda reducida a uno, como vemos en el texto, con lo que todavía se reduce más que si, en general, se dispusiera su reducción a la cuarta parte y, por otra parte, se respeta la tradición jurídica castellana, que también tiene por qué ser conservada y respetada.

con derecho a *mejora*, el exceso que ha de abonar el designado a los demás legitimarios se considera reducido al tercio de legítima estricta (art. 45-4.<sup>º</sup> LRDA.). Caso en el que podríamos hablar de una *asignación legal* de la mejora. Con ello, nuestro Derecho si llegara a extender esta regulación (102) conseguiría un eficaz instrumento de protección de la *explotación agrícola* a través de la sucesión «*mortis causa*», respetando las peculiaridades de los distintos sistemas sucesorios, evolucionando de este modo de acuerdo con la tendencia dominante de los Derechos europeos, según hemos ido refiriendo anteriormente, aunque un poco de pasada, utilizando con ello criterios de un nuevo Derecho especial, el Derecho agrario, que nace de las exigencias sociales y económicas de la agricultura (103).

c) *Huertos familiares*: han surgido éstos, igualmente, en el ámbito del Derecho de colonización, con la finalidad de suministrar a los trabajadores del campo o de la industria y aún de los servicios, una actividad complementaria, mediante la adjudicación de un pequeño patrimonio o finca. Vienen regulados por *Decreto de 12 de mayo de 1950*, regulación que ha sido incorporada a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (artículos 21 y 24) y presentando particular interés lo referente a la normativa de su sucesión «*mortis causa*», al disponerse que al fallecimiento del titular, el disfrute del huerto corresponderá a la viuda y, en su defecto, a los hijos solteros que continúen viviendo bajo el mismo techo; en otro caso, será designado titular del huerto el hijo cuya familia sea más numerosa, siendo preferido en iguales circunstancias el varón a la hembra y el mayor al menor (art. 6-3.<sup>º</sup> Decreto citado) (104).

## 6. MEDIDAS LEGISLATIVAS CONCURRENTES: RETRACTOS, REFORMA DEL DERECHO ARRENDATARIO Y SALARIO DIFERIDO.

La complejidad de las relaciones jurídicas patrimoniales es tal, que muchas veces al tratar de estudiar un aspecto de las mismas nos olvidamos de otros que seguramente inciden sobre la misma problemática y que aportan soluciones aunque se muevan en otro campo distinto, así sucede con la conservación de la explotación agrícola a través de la

(102) Bien porque se aplicara a toda *explotación agrícola*, con carácter general, mediante la inscripción en un Registro especial (semejante al del Derecho alemán), o mediante la constancia de esta cualidad en el propio Registro de la Propiedad, o en fin, mediante una ampliación de la protección a las «unidades mínimas de cultivo».

(103) Esta manera de actuar es la única que aporta una verdadera «especialidad» a la materia, porque se puede referir por igual a los distintos sistemas de Derecho civil, que funcionan como Derecho común (tanto se trate del Código, como de los Derechos forales) frente a las exigencias del Derecho agrario. En cambio, el planteamiento de los Derechos tradicionales, o del Derecho agrario cuando toma de él sus esquemas (p. ej., «patrimonio familiar») no crea un verdadero Derecho especial, sino más bien un *ius proprium*.

(104) Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., V-3, 474-475.

sucesión «mortis causa». Pues a esta finalidad contribuyen no sólo normas o instituciones del Derecho sucesorio general, o del Derecho sucesorio agrario, sino también normas e instituciones que se desarrollan en el Derecho de cosas o en el Derecho de obligaciones. La más importante de todas las regulaciones que presentan un interés decisivo, desde este punto de vista, es la relativa a las *unidades mínimas de cultivo*, a que antes hemos aludido y que ha sido objeto de estudio en otro lugar (105) y que se manifiesta, en dos sentidos distintos: negativo: impidiendo la división de las unidades agrarias por bajo del límite establecido para la unidad mínima de cultivo y *positivo*: favoreciendo a determinadas personas con un derecho de adquisición preferente como sanción al incumplimiento de aquella obligación (técnicamente, *limitación* de la propiedad): arts. 43 a 48 LRDA.

Junto a este recurso, tanto nuestro Código civil que en este caso no prescindió de las necesidades de la agricultura (106) como una progresiva legislación de arrendamiento rústicos han desarrollado, en nuestro Derecho, una serie de *derechos de adquisición* (fundamentalmente, *retratos y tanteos*) que sirven indirectamente a estas finalidades, anticipándose así nuestro ordenamiento a esa espléndente floración de derechos de adquisición que se contempla en el Derecho agrario comparado (107) y de la que el legislador francés, como ya hemos aludido, ha hecho una utilización específica muy interesante en relación con la transmisión «mortis causa» (108). Cuestión que podemos aquí invocar como argumento de *lege ferenda*, que serviría para forzar a los titulares de las *explotaciones agrícolas*, especialmente en los territorios sometidos al Código civil, para utilizar los medios que el ordenamiento ofrece en relación con la conservación de la explotación, de este modo lo que no hubiera previsto el causante, podría exigirlo el heredero (dentro de ciertos límites, naturalmente). Conectándolo con el retrato de coherederos (art. 1.067 C. c.) (109), o si se prefiere con el de comuneros del que aquél no es más que una modalidad (110) y siendo ya de suyo un instrumento adecuado para contribuir a la continuidad de la individución (especialmente en relación con el art. 1.062-2.º C. c.) de la explotación agrícola, se debería tratar de sacar de ello el mayor partido posible (111). Sin embargo, no sirven a esta finalidad los antiguos *retratos*

(105) J. L. DE LOS MOZOS, *En torno al régimen jurídico de la explotación agrícola*, en RDP, 1974.

(106) A. BALLARÍN, *El Código civil y la agricultura*, en REAS, 1953, 8 y ss., habla del carácter eminentemente rural del Código.

(107) PIKALO, *Op. cit.*, en RDAgr. 47 (1968), 439 y ss.

(108) Ley de 19 de diciembre de 1961, a la que anteriormente nos hemos referido.

(109) Cfr. «Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compraventa, con tal de que lo verifiquen en el término de un mes, a contar de que esto se les haga saber.»

(110) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Retracto de comuneros*, en RDP, 1962, 937 y ss.

(111) Leyes 70 a 74.

gentilicios o de sangre regulados por las Leyes de Toro (112), que desaparecieron con la codificación por su carácter señorial y troncal y que se conservan en algunos Derechos forales (113).

Moviéndonos también en términos de *lege ferenda* y a propósito de la futura y parece que ya inmediata reforma de los arrendamientos rústicos, sería interesante, de una parte, corregir algunas anomalías que se observan en la regulación vigente y de otra, introducir nuevos instrumentos para que el arrendamiento de finca rústica sobre todo, sea verdaderamente un contrato «para la empresa agraria». En el primero de los sentidos indicados tenemos que fijarnos en el hecho de que los llamados *arrendamientos familiares* (art. 1-3.º LAR.), quedan excluidos del régimen especial de los arrendamientos rústicos, sin razón alguna para ello, con lo que no se contribuye, además, al mantenimiento de la unidad de la explotación, sino que se dificulta notablemente. En cambio, sometidos estos contratos al régimen especial, como sucede en la mayor parte de los Derechos europeos, donde no se establece distinción alguna entre unos y otros arrendamientos, el padre, propietario o titular de una explotación agrícola, en vez de preocuparse en buscar soluciones de Derecho sucesorio para mantener la continuidad de la explotación ante los naturales reparos que puede tener por establecer desigualdades entre sus hijos (mentalidad muy extendida en los territorios sometidos al Código civil), se limita a arrendar la explotación en vida, naturalmente, a uno de sus hijos, con lo (como se trata, según las recientes tendencias legislativas de un contrato de larga duración, de doce, dieciocho, veinticuatro o más años) ha resuelto la cuestión sin plantearla y con la ventaja de que los efectos de esta decisión se producen en vida del que la toma. Lo que en Derecho francés, como hemos aludido antes, se halla conectado con la seguridad social agraria y con la renovación o rejuvenecimiento de los empresarios agrícolas mediante la jubilación anticipada (114).

Pero cuando la explotación descansa, en todo o en parte, sobre el arrendamiento, todavía tiene mayor interés el tomar medidas de política

(112) Así el *retracto de abolorio* del Derecho aragonés (art. 149 de la Compilación), o el *retracto gentilicio* (Leyes 452 y ss. de la Compilación) de Navarra.

(113) Ahora bien, para una posible reforma de este precepto habría que tener en cuenta que se trata de una *norma de procedimiento*, en relación con la partición, que puede servir para la conservación de las «unidades agrarias», pero no para conservar la «explotación» misma, por las dificultades de su configuración jurídica. Por eso, para que la reforma fuera operativa habría que conectarla con la de otros preceptos (especialmente, art. 806, C. c.), consiguiéndose un cierto paralelismo con el art. 829, mediante una fórmula que podría ser, más o menos, la siguiente: «Se aplicará este criterio a la explotación agrícola... cuando el testador o causante hubiera dispuesto su conservación mediante la adjudicación a uno de los herederos, o cuando todos se hallen de acuerdo en su indivisión, o uno de ellos se comprometa a continuar la explotación, abonando la legítima a los demás en metálico», que vendría a sustituir al actual párrafo 2.º, que por otra parte habría, también, que modificar. Por lo que a la relación de este precepto con el art. 1.067, podría llevarse a cabo una reforma parecida a la que se ha dispuesto, en esta materia, por el Derecho francés, especialmente, en la Ley de 1961, antes citada.

(114) Vid. por todos: MALEZIEUX-RANDIER, *Traité*, I, 254 y ss.

legislativa para que se conserve. En este sentido mucho se ha conseguido con el reconocimiento de la sucesión «*mortis causa*», en el arrendamiento rústico, llegándose a una protección especial de la continuidad del trabajo en la empresa como elemento de la empresa familiar campesina (115). Pero todavía se puede ir más allá, pues si se tiene en cuenta el reconocimiento en la mayor parte de los ordenamientos modernos (116), de la facultad de ceder por el arrendatario el contrato de arrendamiento, incluso mediante precio (*traspaso*), en interés de la *reforma de estructuras* y del propio tráfico jurídico que enriquece las posibilidades de crédito, etc., mayor razón existe para que se le conceda al arrendatario esta facultad con fines de conservación de la explotación agraria a través de la sucesión «*mortis causa*», permitiendo, también, la cesión del padre a uno de sus hijos para continuar la explotación bien por actos «*inter vivos*», o por disposición «*mortis causa*».

En el Derecho de algunos países europeos aparece también una figura muy interesante, la del *salario diferido*, a la que ya hemos aludido anteriormente. Contemplándose, en el Código civil suizo, bajo el prisma de las *indemnizaciones* debidas en razón de los sacrificios hechos por la familia (117) y disponiéndose que los hijos mayores que se dediquen a una actividad común con sus padres, consagrando su trabajo y sus desvelos a la familia, puedan reclamar fuera de la partición una indemnización equitativa, siempre que no hayan renunciado expresamente a ella. Aquí no se trata propiamente de un *salario diferido* (*Lidlohnrechte*), sino de un derecho de predetracción respecto del caudal hereditario, ejercitable frente a todos los herederos y que viene a funcionar como una *mortis causa capiones* (118).

En Francia esta institución aparece con otro carácter, presentándose como una modalidad del contrato de trabajo entre parientes próximos. El contrato de trabajo con salario diferido fue instituido por el *Code de la Famille* (arts. 63 a 74), siendo mejorado notablemente por la *Ley de orientación agrícola* de 5 de agosto de 1960.

El salario diferido, representa esencialmente un *crédito* sobre el activo sucesorio en beneficio del descendiente del titular de la explotación (hijo, hija, nieto o nieta), o de un cónyuge del descendiente cuando hayan participado efectivamente en el enriquecimiento del patrimonio de la familia. Si el cónyuge del titular participa igualmente en los tra-

(115) Así en los *arrendamientos protegidos*, en favor de los descendientes, sin limitación de grado en la línea recta, del cónyuge y de los colaterales hasta el segundo grado (art. 18 LAR.) y en los *especialmente protegidos*, a favor también del familiar cooperador que designe el arrendatario, los familiares, o el arrendador (art. 86 del Reglamento y Disposición Adicional Tercera de la Ley de 23 de julio de 1942).

(116) Así en las recientes leyes, francesa, belga e italiana.

(117) Art. 633 ZGB.

(118) Esta institución representa un poco el contrapunto necesario, desde un punto de vista equitativo, del nuevo régimen sucesorio que se propugna para la explotación agrícola. Fórmula mucho más perfecta que el acogimiento en casa de los Derechos tradicionales, más adaptada a las exigencias del momento y, sobre todo, mucho más humana.

bajos, los esposos son reputados simultáneamente beneficiarios del contrato de trabajo diferido, perdiendo este beneficio cuando la separación o el divorcio tiene lugar por causas que le son imputables.

Las condiciones requeridas son las siguientes:

1. Participar a partir de los dieciocho años directa o efectivamente en los trabajos de la explotación, no habiendo sido nunca asociado a los beneficios de la misma y no percibiendo salario en dinero.

2. Trabajar habitualmente en la explotación (cuyo titular no es necesario que sea el propietario, basta con que sea arrendatario, etc.), salvo caso de fuerza mayor (como el servicio militar y la enfermedad física y mental que impida prestar el trabajo).

3. Es preciso no ser, igualmente, el único descendiente llamado a la sucesión.

El *criterio* que sirve de base, por otra parte, para determinar el salario diferido, es el que corresponda al obrero agrícola alojado y mantenido en la explotación, o el de la sirviente de granja alojada y mantenida siguiendo un baremo establecido por Departamento y por año, por el Ministerio de Agricultura. Su *cuantía* se obtiene multiplicando el número de años de trabajo (a partir de los dieciocho años) por la mitad del salario del obrero agrícola o de la sirviente de granja, sin que pueda exceder diez años; si dos cónyuges tienen derecho al salario diferido, cada uno de ellos no podrá contabilizar más que los tres octavos del salario mínimo y siempre con el límite de los diez años.

El derecho de salario diferido constituye un *bien propio* que solamente es transmisible a los descendientes (por derecho propio o por representación) y para hacerle efectivo no hay otra garantía que el certificado de la autoridad municipal de haberle prestado, aunque últimamente, después de la Ley de 13 de julio de 1967 se establece en su favor un *privilegio general* que garantiza su pago (equivalente a un crédito refaccionario). Por lo demás, se halla exento del impuesto general sobre la renta (119). Como vemos la institución es muy interesante, aunque no deja de ofrecer problemas (120).

## 7. ASPECTOS DE LA REGULACION DE LA SUCESION EN EL CODIGO CIVIL QUE FAVORECEN LA CONTINUIDAD DE LA EXPLOTACION AGRICOLA.

Parece propio que terminemos el presente trabajo refiriéndonos a aquellas instituciones del Código civil que facilitan la continuidad de la explotación agrícola a través de la sucesión «*mortis causa*», aunque ya hemos aludido a ellas a lo largo del mismo. Sin embargo, tenemos que

(119) Vid. MENASSEYRE, *Rapport*, cit., 18.

(120) Así, cuando se trata de un pequeño patrimonio familiar, la percepción del salario diferido, imposibilita el que el sucesor que tiene derecho a él, en *coincidencia* con otros herederos, ya no pueda percibir mucho más de la herencia cuando exista un fuerte pasivo, mientras que los otros herederos no pueden pretender, seguramente, ni siquiera una mínima parte de la herencia.

señalar que estas normas son insuficientes porque se desenvuelven dentro del marco *dispositivo* que es propio del Derecho civil; por otra parte, aparecen en cierto sentido como *supervivencias* de un pasado en el que tales instituciones tuvieron un mayor y más adecuado desenvolvimiento sistemático y, en este sentido, sería interesante que se proyectara el Derecho sucesorio agrario y, ya en fin, tampoco hay que olvidar que este conjunto de normas o instituciones, desconectadas de las adecuadas normas e instituciones, de un lado del Derecho económico matrimonial y, de otro, de los Derechos reales o de obligaciones, tienen una mínima eficacia operativa, a lo que igualmente debiera atender el legislador, al menos, desde el punto de vista del Derecho agrario. A esta desconexión hemos ya aludido, anteriormente, al referirnos al artículo 1.062-2.º C. c., norma que por su carácter está dispuesta para recoger, solamente, una indivisibilidad ya preexistente que, por lo que aquí respecta, debe desarrollarse por la vía de un Derecho especial: el Derecho sucesorio agrario. Instituciones que ofrecen grandes posibilidades, por otra parte, como la partición del testador (art. 1.056-1.º), vienen cohartadas no sólo sistemáticamente, sino también por la falta del conveniente y necesario *auxilium legis*, que sin desnaturalizar el sistema, en su conjunto, sirva para proteger necesidades sociales y económicas, adaptadas a la realidad presente. Hechas estas salvedades vamos seguidamente a examinar cada una de las instituciones que mantienen una conexión con la conservación de las explotaciones agrícolas, comenzando por la partición del testador.

### 1. *La partición del testador en la integración del sistema del Código civil.*

Se trata de una institución que, en el Derecho moderno, ha perdido su perfil más característico al desvincularse de los dos núcleos de que surgió en el proceso de evolución del Derecho germánico y vulgar, tempranamente influidos por el Derecho común y que son la idea de *comunidad familiar* y el reconocimiento del *pacto sucesorio*, por ello su ensanchamiento en el planteamiento sistemático de la cuestión debe buscar aquellas antiguas fuentes de donde deriva.

En relación con la *comunidad familiar* y, especialmente en relación con la *sociedad de gananciales*, como régimen legal al que no hay que perder de vista al plantear esta cuestión una de las dificultades más graves que se plantea al utilizar este recurso es la derivada de la limitación del carácter personal del testamento y de que uno de los miembros de la *sociedad de gananciales* no puede disponer de estos bienes más allá de lo que el Código le permite, es decir, más allá de su *mitad* de gananciales, según el art. 1.414 (que únicamente se refiere al marido, aunque hay que entenderlo también en favor de la mujer: arg. *ex* art. 1.392). Para hacer posible la disposición del marido sobre la totalidad del patrimonio ganancial, la mujer puede *renunciar a la sociedad de gananciales* (art. 1.394 en relación con el art. 1.364 C. c.), a la disolución de la *sociedad conyugal*, o constante matrimonio de *forma preventiva y decla-*

*rativa*, con efecto para la disolución de la sociedad conyugal (121), entonces como los bienes gananciales se convierten *ab initio* en frutos dotales (art. 1.364) les ha adquirido el marido en propiedad y puede libremente disponer de ellos (122).

También cabe la posibilidad de que los herederos de la mujer *renuncien a los gananciales* a la disolución del matrimonio (o que prefieran hacerlo a la sociedad, lo que también es posible), o bien, a la inversa, que renuncien a los gananciales los herederos del marido, con lo que, una vez liquidada la sociedad (arts. 1.394 y 1.418) el cónyuge supérstite podrá disponer por testamento (o por actos «*inter vivos*») del activo de la comunidad de gananciales.

Pero no siempre será posible, ni aconsejable, cualquier forma de estas renuncias, entonces se podrá mantener la unidad del patrimonio ganancial y atender a la continuidad de la explotación mediante el testamento-partición que hagan separadamente ambos cónyuges, pero estando de acuerdo, para, mediante disposiciones paralelas, llegar a una finalidad única lo que tampoco deja de tener inconvenientes (123).

Ahora bien, si se reconoce esta vía indirecta, hay base en la conciencia social para admitir el *testamento mancomunado*, al menos cuando tenga esta finalidad y si se practica para recomponer el patrimonio común debiera de admitirse una cierta *fiducia sucesoria* que cumpliera de una manera más eficaz estas finalidades, aparte, naturalmente, del reconocimiento de la *comunidad continuada* que agruparía y completaría, dando verdadera sustancia a las dos instituciones anteriores, para lo que existe la misma convicción social y hasta el vestigio legislativo de la misma, en el art. 1.051-2.º C. c. (124), aparte de la posibilidad de que los coherederos quieran seguir voluntariamente en la individución (125) que aunque se trata de un tema distinto se halla íntimamente ligado con los anteriores. De esta manera, para vigorizar el art. 1.056-1.º, en relación con la idea de la *comunidad familiar*, no hay necesidad de tocar para nada este precepto, puesto que la reforma habrá de hacerse, en relación con el art. 1.392, para la admisión de la *comunidad continuada*.

(121) Lo que puede hacerse en testamento (aunque se plantearía la cuestión de si la renuncia era o no revocable) o por actos intervivos (escritura de renuncia). Para estos efectos y formas: J. L. DE LOS MOZOS, *La renuncia a la sociedad legal de gananciales*, en ADC, 13 (1960), 63 y ss.

(122) Esta institución cobraría extraordinaria importancia, en el caso de que se permitiera la *modificación* del régimen económico matrimonial, después de celebrado el matrimonio, cuestión que parece se halla en estudio, actualmente.

(123) Sobre todo cuando la apertura de las respectivas sucesiones se produce distanciada en el tiempo y los herederos no se hallan dispuestos a colaborar con la intención o intenciones de sus causantes, que no hayan tomado las cautelas necesarias.

(124) Cfr. «Pero aún cuando la prohíba, la división tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad». Y aparte del juego que puede tener aquí la renuncia de uno de los socios (arts. 1.705 y ss., C. c.) y la separación del socio con el límite del art. 1.691 C. c., no hay que olvidarse de la incidencia de la sociedad o comunidad continuada.

(125) Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-3, 500 y ss.

da (126) y en relación con el art. 669 C. c. que prohíbe el testamento mancomunado (127), ampliándose la *fiducia sucesoria* del art. 831, establecida para la mejora, a la partición del testador, efectuada por el cónyuge supérstite cuando exista la *comunidad continuada*, retocándose, en fin, el art. 1.414 para admitir esta salvedad y la relativa a la renuncia de la sociedad de gananciales, por la mujer o por sus herederos (128).

En relación con las *legítimas*, la única limitación de la facultad concedida al testador se refiere al respeto de la cuota legitimaria (relación entre el art. 1.056-1.º y el art. 1.075) (129) pero no se ponen límites a la forma de disposición (art. 815 y concordantes del C. c.), ni a su pago en dinero, mediante la atribución de cosas indivisibles (relación con el art. 1.062-1.º C. c.), o de explotaciones (130), o mediante la institución *ex re certa* (131) y más aún si se retocara convenientemente el art. 806 (132).

Queda únicamente que nos refiramos al aspecto *contractual* vinculado especialmente a la realización de la partición en actos «*inter vivos*» y a la producción de efectos *de presente*, o sea, en vida del causante, Con lo que vinculábamos la institución a su origen histórico, tal y como hemos anticipado al comienzo de este trabajo. Por lo demás, es prevalente en la doctrina el criterio de que los actos «*inter vivos*» a que se refiere el art. 1.056-1.º C. c., que se establecen en relación con la forma de realizar la partición, pero no en relación con la disposición que solamente puede hacerse en testamento (133). En este sentido habría que admitir, únicamente, los actos «*inter vivos*» para el caso de la admisión de la *modificación* del régimen económico matrimonial o en el ámbito de las *capitulaciones matrimoniales*, actos que servirían de cauce previo para una disposición de este tipo. Por lo que a los efectos *de presente* se refiere, únicamente podrían éstos alcanzarse combinando la partición del testador con *donaciones a título de mejora* (art. 825, en sentido contrario) o con un significado distinto del actual, al que más adelante nos referiremos, o también en sentido negativo disponiendo por *donación*

(126) Se adaptan aquí perfectamente las normas de los arts. 60 y 61 de la Compilación de Aragón.

(127) Añadiendo al precepto una excepción: cuando tenga por objeto entre cónyuges llevar a cabo la conservación de una explotación agrícola, industrial o mercantil.

(128) Añadiendo al precepto una fórmula parecida a la anterior, así por ejemplo: «A no ser que se lleve a cabo conjuntamente por ambos cónyuges, con tal finalidad... o que la mujer haya renunciado preventivamente a la sociedad de gananciales».

(129) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en RDN, 27 (1960), 181 y ss.

(130) Introduciendo como decíamos antes un nuevo párrafo en el art. 1.062, que ocuparía el núm. 2.º, en virtud del cual se hiciera extensión de lo dispuesto en el primero a favor de las explotaciones agrícolas, industriales o mercantiles, aparte de la relación del art. 1.056-1.º con el precepto del art. 1.056-2.º C. c.

(131) Aplicada a la explotación, debido a la fuerza del poder configurante del disponente y con independencia de que funcione como institución de heredero (*división causa*), o como simple legado (art. 768 C. c.).

(132) En el sentido de permitir el pago en dinero de la legítima cuando se trate de impedir la división de una explotación.

(133) J. L. DE LOS MOZOS, *Op. cit.*, en RDN, 27 (1960), 165 y ss.

de las cuotas legitimarias de los hijos que no van a ser favorecidos con la asignación de la explotación y acompañar estas donaciones de recíprocas *renuncias* a la legítima futura, para lo que habría que modificar también el art. 816 C. c., atribuyendo el resto a uno de los herederos, donde podría integrarse la explotación (*presumiendo la mejora*, en el sentido del Derecho foral de Galicia) (134) y los derechos del cónyuge viudo, aunque no dando a esta atribución eficacia actual, sino diferida a la apertura de la sucesión, alcanzándose la toma de posesión del designado mediante un contrato de uso y disfrute, que podría ser un contrato de arrendamiento (sobre todo, si se le concibe como de larga duración) (135).

Seguramente, lo más difícil de admitir en todo esto sería la *renuncia* a la legítima futura, que puede llegar a plantear situaciones injustas. Ahora bien, también para los hijos puede ser más interesante, llegado un momento de su vida obtener lo que pudiera corresponderles por legítima, ya que ello puede incidir en la solución de los gastos de establecimiento de una profesión, o de constitución de una familia, mientras que, de otro modo, la legítima futura o llega tarde, o no se percibe (cuando mucho se percibe disminuida) por consideración al hermano que se ha quedado trabajando en la explotación familiar y, también, puede suceder todo lo contrario que el pago de las legítimas, a los que abandonan la explotación, hace inviable el que pueda seguir en ella el que ha sido designado a tal efecto. De todos modos, la *renuncia* a la legítima, que se halla de acuerdo con la tradición jurídica castellana, podría quedar sujeta a la *lesión* en más de la cuarta parte (136), con lo que se paliarían en parte tales riesgos.

(134) El criterio a que aludimos se encuentra consagrado en el art. 84 de la Compilación de Galicia, en el que se expresa que: «el ascendiente que quisiere conservar indivisos un lugar o una explotación agrícola podrá adjudicarlos íntegros a cualquiera de sus hijos o descendientes, por actos *«inter vivos»* o *«mortis causa»* y aunque las suertes de tierras estén separadas. Esta adjudicación implica la mejora tácita en las siete quinceavas partes de la herencia, si el testamento no dispusiere otra cosa y no impide que el ascendiente disponga a favor del descendiente preferido, del resto de las porciones de libre disposición. Cuando el ascendiente haya hecho uso de esa facultad, se satisfarán a los demás herederos forzosos sus legítimas, o las porciones de mayor entidad en que los instituye, con metálico u otros bienes si los tuviere». Es curioso observar, por otra parte, la prudencia o la falta de tecnicismo del legislador al hablar de mejora *táctica* y no de mejora *presunta*. De todos modos el planteamiento legislativo anotado suscita muchas y muy interesantes reflexiones.

(135) Para todo este juego de posibilidades habría que revisar también el Derecho fiscal, que precisamente en estas materias resulta de lo más «incivil».

(136) Arbitrando estas fórmulas sin desnaturalizar la «partición del testador» se podrían llegar a revitalizar sus escasos efectos actuales. Sin embargo, fuera del juego de las *donaciones*, y de las *renuncias*, o en el caso de que se extienda la *fiducia sucesoria* al viudo o viuda, a la emancipación del hijo, respecto de la herencia del padre o madre premuertos, combinada con la *renuncia* a la legítima futura del emancipado, no parece que puedan establecerse otras posibilidades, pues, las relativas a las capitulaciones matrimoniales y a la modificación del régimen económico-matrimonial, se pueden relacionar a lo sumo con la *mejora*, pero sería incorrecto hacerlo en relación con la partición del testador, ya que presentaría más problemas que soluciones.

Proyectando en este sentido una posible reforma del Código, teniendo presentes sus precedentes en el antiguo Derecho castellano, se alteraría mínimamente el sistema vigente y dando a las reformas el sentido de la finalidad que se pretende, se introducirían, en conexión con el mismo, los criterios del Derecho sucesorio agrario, yendo al encuentro claramente de la tradición jurídica de los Derechos forales, o al menos de lo que éstos ofrecen de más aprovechable en tal sentido.

## 2. *La facultad que confiere al padre el art. 1.056-2.º C. c.*

En el marco de un planteamiento de *lege ferenda*, la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema llegan a la fácil solución de que para dar pleno desenvolvimiento al art. 1.056-1.º (*partición del testador*), especialmente en relación con el pago de las legítimas en dinero, hay que aplicar a aquél precepto la disciplina del art. 1.056-2.º. Pero esta fácil solución, como todas las soluciones fáciles en materias difíciles, es equivocada y, además, inútil. Equivocada porque la *ratio* del precepto es distinta: pues en el primer caso se refiere al Código a todo testador, mientras que, en el segundo, se está refiriendo exclusivamente al «padre que en interés de su familia quiera conservar indívisa una explotación agrícola...» (137) y, además, es inútil pretender extenderla, porque interpretado el art. 1.062-1.º en relación con el artículo 1.056-1.º, se puede llegar casi a la misma solución, como antes hemos visto (138).

Otro de los aspectos que podrían preocupar, en relación con el alcance de este precepto, es que el Código, cuando el párrafo primero se refiere al *testador*, está aludiendo a una partición que, aunque se lleve a cabo por actos entre vivos, ha de estar basada en un testamento, mientras que en el párrafo segundo se limita a hablar del *padre* y, entonces, podía pensarse que éste puede llevar a cabo la partición sin necesidad de basarla o apoyarla en testamento. Pero esto no es posible, aunque un efecto paralelo o equivalente pueda alcanzarse mediante la *mejora* en la explotación, efectuada en donación; la diferencia es que, en este caso, se producen efectos actuales, derivados de la donación, aun-

(137) El párrafo primero del art. 1.056 C. c. viene a ser una supervivencia de un complejo juego institucional ajeno a la sistemática del Código, perdida la antigua dimensión sistemática, el párrafo segundo, se presenta como una institución desconectada, en parte, de la anterior, pues parece enteramente una norma de Derecho social o económico y, sin embargo, ambas, tienen el mismo origen y lo mismo sucede en los Derechos francés o italiano, beneficio concedido a favor del padre, que la codificación extiende a todo testador (Vid. J. L. DE LOS Mozos, *Op. cit.*, en RDN, 27 (1960), 149 y ss., 163 y ss. y 174 y ss.).

(138) De *lege lata*, la única diferencia estriba (seguramente por buscar un paralelismo con la *mejora*: art. 829 C. c.) en el *beneficium solutionis*, en relación con la legítima que se concede al padre y no a todo testador. De este modo, teniendo hijos el causante podrá usar de la facultad que le concede el párrafo segundo y no teniéndole al reducirse la legítima las posibilidades para desenvolverse serán mayores. Vid. de todos modos, sobre el particular, J. B. JORDANO, *Abuso de la facultad prevista en el párrafo 2.º del art. 1.056*, en ADC, 17 (1964), 941 y ss.; VALLET, *Normas sobre la interpretación del art. 1.056 y el art. 863 del Código civil*, en RGD, 1946, 673 y ss.

que con las limitaciones que impone el art. 827 C. c. respecto de su revocabilidad, salvo que se haya hecho en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso con un tercero (139), mientras que, por otra parte, la atribución a un legitimario de la explotación no presume la mejora, en el caso del art. 1.056-2.º, ni tampoco parece conveniente extender la regulación a tal supuesto, a no ser que la atribución se haga por donación, en el sentido que anteriormente hemos indicado, porque esto es lo único que tenía arraigo en el antiguo Derecho castellano (140).

Por lo demás, la norma es lo suficientemente elocuente como para servir a la conservación de la explotación, bien que esto en la práctica ofrezca algunos problemas (141) que la jurisprudencia ha tratado de esclarecer (142).

### 3. *La mejora en cosa determinada.*

Es a propósito de la mejora donde se da, como es sabido, con más claridad la supervivencia de la *sucesión contractual* en el Código civil, aunque no deje de haber otras instituciones que, de una manera o de otra, respondan a este principio (143). Presentándose el carácter más acusado de esta manifestación en el art. 827 C. c. y en cuanto a la promesa de mejorar o no mejorar, en el artículo anterior (art. 826 C. c.) (144), dependiente, por otra parte, la admisión de este efecto de su vinculación a *capitulaciones matrimoniales*, donde se conecta la sucesión contractual con los pactos de familia, por eso aquí, en este campo, aparece también el reconocimiento de la *fiducia sucesoria* del art. 831, a la que tanto hemos aludido anteriormente, defendiendo la posibilidad de su ampliación, que ahora proponemos para la mejora, en todo caso, aunque no se hubiera previsto en capitulaciones matrimoniales.

La otra posibilidad de conexión de la mejora con la sucesión contractual, tiene lugar a través de las *donaciones*, donde debe valer como mejora *presunta* la donación de la explotación, lo mismo que establece la Compilación de Galicia, debiendo también de tener lugar esta conexión combinando la atribución de la mejora en donación con la *renuncia* a la legítima futura (bien en sentido positivo o negativo).

Hechas estas conexiones sistemáticas, no cabe duda que la mejora, en cualquier caso, puede servir para el mantenimiento de la unidad de la explotación, pero especialmente cuando es *objeto* de disposición mediante la mejora *en cosa cierta y determinada* (art. 829 C. c.).

(139) Cfr. «La mejora aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso con un tercero.»

(140) Leyes 17 a 24 y especialmente Ley 26 de las de Toro.

(141) Vid. JORDANO, *Op. cit.*, en ADC, 17 (1964), 941 y ss.

(142) Vid. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, V-3, 524 y ss.; LÓPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961, 291 y allí referencias.

(143) CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil*, VI-3, 273 y ss.

(144) Cfr. «La promesa de mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida. La disposición del testador contraria a la promesa no producirá efecto.»

Son muchas las funciones que la mejora en cosa determinada cumple, pero aquí vamos a fijarnos solamente en un aspecto: cuando la determinación de la cosa aparece *substantia dispositionis* y cuando aparece, simplemente, como *solutio dispositionis*, pues, como dice López Jacoste, «esta idea de la presencia o la ausencia de la cosa en el negocio dispositivo de mejora sirve, pues, para delimitar el concepto estricto de la mejora en cosa cierta. Si la cosa es *substantia dispositionis*, como ocurre en las formas puras, en la mejora en cosa determinada con asignación de cuota, nos encontramos dentro de la noción de mejora en cosa determinada. En cambio, cuando la cosa no sea sustancia de la disposición, sino pago de la misma, medio para su efectuación material, como sucede en las otras variedades aludidas, no se estará ante aquella figura jurídica en su sentido más estricto. En este segundo supuesto, la mención de la cosa no figura propiamente en el acto dispositivo de mejora, sino en el acto particional complementario, en un negocio funcionalmente subordinado al de mejora y cuyo fin no es provocar la mejora... sino llevar a cabo una atribución en pago de la misma» (145). Pues bien, según esto, el aspecto que aquí nos interesa, fundamentalmente, es el primero, pues en este caso la atribución al mejorado de la cosa se mantiene incólume, ya que ésta (lo mismo que sucede normalmente en el caso de la institución *ex re certa*) cumple función de cuota, de modo que el *exceso* en la disposición según el art. 829 C. c. provoca automáticamente el *suplemento en metálico* de los otros legitimarios no mejorados, en cambio, si la asignación en cosa cierta tiene lugar como consecuencia de una asignación de cuota, entonces, la cosa cierta actúa solamente *divisione causa* y no se produce automáticamente el beneficio *solutionis* respecto de las legítimas de los legitimarios no mejorados (146).

Por lo demás, las posibilidades que ofrece la utilización de la mejora en cosa determinada, en relación con la conservación de la unidad de la explotación, son evidentes (147) y buena prueba de ello es que ha servido para tales fines en territorios sometidos al Código civil (148).

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

(146) LÓPEZ JACOSTE, *Op. cit.*, 191 y ss. Por eso, actuando otras instituciones, ésta dificultad puede corregirse mediante la combinación de la mejora con la facultad reconocida al padre por el art. 1.056-2.º, o bien mediante la combinación de la mejora con la partición del testador, mediante la relación entre el art. 1.056-1.º con el art. 1.062-1.º, si es que puede invocarse la indivisibilidad de la explotación, lo que se facilitaría de *lege ferenda* con las adiciones aludidas para ese precepto y, en general, con la propuesta de modificación o adición que hemos indicado, para el art. 806 C. c.

(147) Tanto de las *unidades agrarias*, como de la *explotación* misma, mediante la vinculación a la cosa principal de sus accesorios y del *instrumentum fundi*, en el sentido del art. 334-5º C. c.

(148) Así ha sucedido en Galicia, con anterioridad a la publicación de la Compilación (Vid. FUENMAYOR, *La mejora de labrar y poseer*, en ADC (1948), 880 y ss.), en Guipúzcoa, como lo confirman las RR. de la DGRN. de 3 de octubre de 1924 y 23 de julio de 1925, en Asturias (FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *Realidad de la casa asturiana*, Oviedo, 1953) y otro tanto cabría decir de la montaña de Castilla (Santander, Burgos, Logroño, Soria, etc.) y de toda Castilla la Vieja,

Así mismo, la vinculación de la *cosa determinada* a la idea de explotación, es por lo demás evidente en el ordenamiento social (*opinio seu iuris neccesitate*), penetrando con ello en la *costumbre local* que el antiguo artículo 6.<sup>º</sup> C. c. consideraba como fuente del Derecho (hoy artículo 1.<sup>º</sup>). «Se trata —dirá F. DE CASTRO— de una costumbre supletoria de la ley que reúne los requisitos de ser uso local, es decir, conducta frecuente, uniforme y previsiblemente duradera, haberse impuesto socialmente, ser cumplida de modo normal y concordar con los principios generales y que, por lo mismo, de alguna manera se hace vinculante (149), o en cualquier caso que puede ser tomada como un uso interpretativo en favor de la existencia de señalamiento de cosas ciertas fundado en el modo de ser habitual de la propia figura en el ámbito geográfico correspondiente». Interpretación que completa y perfilá el contenido de la institución, costumbre que incorpora, por presión social, las cosas ciertas aludidas al contenido de la mejora, por entenderse que eso es no sólo lo que habitualmente se hace, sino lo que se tiene que hacer» (150).

Aparte de esto, parece evidente que la mejora en cosa determinada, puede llegar a cumplir una *función* que es muy interesante en cuanto a la continuidad de la explotación agrícola, al implicar para el designado la *obligatoriedad* de continuar la actividad de la explotación (151).

---

donde existe cierto arraigo de esta práctica, especialmente en las principales familias campesinas, aunque en los últimos decenios haya existido una tendencia decreciente por predominar los esquemas de la vida urbana.

(149) *Derecho civil de España*, I, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1955, 443.

(150) LÓPEZ JACOISTE, *Op. cit.*, refiriéndose al anterior.

(151) Ahora bien, hasta qué punto esta obligación es exigible? ¿Podría quedar revocada la mejora en caso de incumplimiento? No puede contestarse afirmativamente de una manera rotunda y así lo afirman FUENMAYOR (*Op. cit.*, en ADC, 1 (1948), 882) y LÓPEZ JACOISTE (*Op. cit.*, 285). Sin embargo, es muy interesante en este sentido la S. de 4 de junio de 1959, citada por el anterior. En cualquier caso hay que concluir que, cuando el causante (testador o donante) haya dispuesto la mejora bajo esa *condición* de que el favorecido por ella se dedique a continuar la actividad de la explotación, el incumplimiento de tal obligación llevará a cabo la *revocación* de la mejora, pues serían de aplicación las normas establecidas para la *institución condicional* (arts. 790 y ss. C. c.) y por analogía, también, las normas de la *reversión de donaciones* (art. 641 C. c.). No cabe duda alguna en cuanto al fundamento de esta *revocación*, porque la mejora, en el sentido que indicamos se integra en el marco de las disposiciones de liberalidad *ob causam* del antiguo Derecho, cuya naturaleza se ha desdibujado en el Derecho moderno, al desaparecer la distinción de donaciones simples y donaciones *ob causam*, que únicamente reaparece en algunas materias (como en tema de *dote*, o de *colocación*: J. L. DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, 6, 9, 11, 29, 62, 85, 90, 92, 130, 143, 164 y 165), matización que queda en una zona intermedia entre la *condición* y el *modo* y sobre la que hay que proyectar la aclaración que acabamos de efectuar. (En el fondo, aunque sin precisar la cuestión, de acuerdo, LÓPEZ JACOISTE, *Op. cit.*, 286). Ahora bien, la posibilidad de esta revocación hay que restringirla porque ha de referirse a la continuación de la *actividad* y no a las condiciones estrictas de la prestación del trabajo. En este sentido la citada S. de 4 de junio de 1959). Nos fundamos en esto, porque con ello se cumple la función *ob causam* de la mejora que es lo que hay que exigir al favorecido o designado con ella y en ese sentido hay que interpretar la «condición» impuesta por el causante (es decir, en un terreno intermedio entre condición

Por último, hay que hacer constar también que la mejora *en cosa determinada* se adapta mejor a la conservación de una explotación familiar, que la facultad reconocida al padre por el art. 1.056-2.<sup>º</sup> C. c., ya que este precepto exige la *existencia objetiva* de la explotación, mientras que, por otra parte, la *unidad* de sus diversos elementos es «cuestión de hecho» a examinar por el juzgador, con lo que por este camino quedan muy limitadas las posibilidades que ofrece el art. 1.056-2.<sup>º</sup> C. c. Sin embargo, esto no ocurre con la mejora *en cosa determinada*, ya que la existencia de la explotación se suple con el poder *configurante* del dueño que lleva a cabo el acto de disposición de la mejora (152), como lo reconoce la S. de 19 de mayo de 1951 (153).

Y ya, para terminar, diremos que también podrá utilizarse para mantener la unidad de la explotación, el *legado en cosa cierta y determinada*, no sólo porque la mejora puede dejarse a título de legado (art. 828 C. c.), sino con independencia de ella (arts. 882 y 883 C. c.), ya que el propio art. 883, parece aludir y comprender al *instrumentum fundi*, en el sentido del art. 334-5.<sup>º</sup> C. c., con lo que el testador puede configurar perfectamente la explotación no presentando otra dificultad esta fórmula que la derivada de la posible *inoficiosidad* del legado.

---

y modo, pero con una mayor suavidad respecto de la vinculación al cumplimiento del efecto revocatorio) ya que, en otro caso, podríamos llegar a situaciones absurdas: así cuando imponga el causante que el mejorado, con su mujer y sus hijos y los hermanos de aquél han de dedicarse al trabajo de la explotación porque esto, como dice agudamente LÓPEZ JACOISTE, pertenece más al ámbito del ordenamiento familiar (al mundo de los *lares*) que al ordenamiento jurídico. (*Op. cit.*, 287), cuestión que, por otra parte, podría ser perturbadora del progreso de la agricultura, donde los esquemas del trabajo y de la manera de llevar a cabo la explotación cambian constantemente, aparte del arcaísmo que representaría vincular a la familia a la tierra o a la explotación, lo que ni humana, ni jurídicamente se halla justificado, es decir, no es merecedor de la tutela jurídica, ni propio de la institución que nos ocupa, dentro del sistema del Código civil.

(152) LÓPEZ JACOISTE, *Op. cit.*, 291. De esta forma el padre que tiene una explotación compleja, puede diversificar ésta mejorando a sus hijos en tantas explotaciones como pueda configurar, o dividir una gran explotación en varias explotaciones viables.

(153) Se trataba de una disposición de todos los bienes inmuebles con independencia de que formaran parte o no de un lugar acasulado.



# Explicación civilística del sistema instituido sobre el despido improcedente

## (Ensayo reformador)

LUIS MARTINEZ-CALCERRADA

Doctor en Derecho

Magistrado de Trabajo

**SUMARIO:** *Teoría sobre el despido.*—Inserción sistemática del despido en el Derecho en general.—I. Institución típica del Derecho laboral. Su alusión en los artículos 1.584, 1.586 y 1.587 del Código civil. A) Su significación propia en el contrato de trabajo. B) Relaciones entre el Derecho civil y el laboral, dentro de la contratación privada: El contrato de trabajo absorbente de la contratación laboral. a) Naturaleza personal del contrato de trabajo. b) Presencia en el mismo de los caracteres del Derecho civil en los contratos “*inuitu personae*”: 1) Manifestaciones comunes en sus fases operativas: Perfección. Consumación. Su trácto sucesivo prestacional. Extinción. Identidad de “ratio”. 2) Diferencias específicas: a') De contenido ontológico por la fisonomía “*sui generis*” del contrato laboral: Su masificación. Disparidad posicional de las partes. Trascendencia económico-social. b') De contenido instrumental o de técnica legislativa: Exponente de la política social de los Estados. Soluciones tácticas ante el mundo laboral. Sistemas liberales: el contrapeso de la huelga. Sistemas de autoridad: Cercenamiento de los derechos del contrato en aras a su estabilidad. C) Explicación del despido en la precedente exposición. a) El despido libre: Término del contrato por voluntad de las partes. Su relieve técnico jurídico. b) El despido reglado: Subordinación a la ordenación legal contraria a su naturaleza. Su justificación económico-social y alcance de la misma.—II. Concepto y naturaleza del despido. A) Causa de resolución contractual de libre ejercicio. B) Causa de resolución contractual condicionada a la regulación de supuestos legales.—*El despido en el Derecho positivo español.*—I. Vigencia del denominado despido reglado. Normativa legal: Artículos 76 y siguientes de la Ley de Contrato de Trabajo y 96 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral y Leyes Fundamentales.—II. Especial consideración del despido IMPROCEDENTE. Su inclusión dentro de las categorías de despido reguladas. A) Concepto y significado del despido improcedente. B) Su regulación legal. Clases de despido improcedente. Causas determinantes. Consecuencias sancionadoras. C) Conclusiones de su regulación. a) El despido improcedente es un despido injusto. b) Su inviabilidad “*ope legis*”. Normatividad de “*ius cogens*”. c) “*Contradiccio in terminis*” de la opción legalmente establecida. Estudio técnico-jurídico: Su naturaleza y atribución

del derecho de elección: Información civilística. 1) Por desvío a la coherencia reglamentadora. 2) Por conducir a la extinción de la relación laboral expresamente prohibida. 3) Por consentir con ello un fraude empresarial: el despido preconstituido. *d)* Patología de la ejecución de las sentencias de despido improcedente. Su justificación por el juego conjunto de los artículos 1.098 del Código civil y 923 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil. D) Situación “de lege data”: Inutilidad específica de la declaración judicial de despido improcedente, y orfandad laboral del trabajador. E) Particular tratamiento de la opción concedida al empresario. Derecho de elección en obligación alternativa “ope sententiae”. a) Su posible justificación: reencuentro con el personalismo del contrato de trabajo. 1) Razones laborales: de armonía profesional y ambiental. 2) Razones personales: recelos o aversiones. 3) Razones económicas. b) Su incidencia en el trabajador. 1) Desamparo o inestabilidad laboral. 2) Procedimiento de coacciones empresariales. 3) Compensación económica insuficiente. 4) Estadística de afectados: pequeña y mediana empresa. Su volumen en los núcleos locales y provinciales. 5) Fomento del paro laboral por la localización del fenómeno en zonas de escasa productividad o dinamismo económico.—*Posibles fórmulas “de lege ferenda”*. a) Supresión de la opción al empresario: Reencuentro con el Derecho civil.—Caso particular del conflicto colectivo. b) Opción “racionalmente” establecida. 1) Reformas en la opción empresarial. a') Mantenimiento del obrero durante un año en la empresa más la indemnización actual: Ventajas e inconvenientes. b') Imposición al empresario de encontrarle otra colocación adecuada. Consecuencias civilísticas: Ventajas e inconvenientes. c') Aumento de la indemnización a un “quantum” racional. Fijación de sus límites mínimo y máximo. La actual indemnización de los artículos 81 L. C. T. y 103 L. P. L. es insatisfactoria para el trabajador. Quiebra por su límite mínimo inexistente. Entendimiento de la “racionalidad”: Juego de las circunstancias del artículo 81 L. C. T. Valor de la analogía. Exhortación jurisdiccional. Integración del límite mínimo. aa) La cualidad de operario fijo es la determinante: representativa del “modus vivendi” del trabajador. bb) Las demás circunstancias condicionan la extensión del “quantum” hasta el límite máximo. cc) Casos especiales. dd) “Quantum” del límite mínimo: un año de indemnización. Su gravitación empresarial elusiva de los despidos preconstituidos. Su contenido satisfactorio. Juego del artículo 1.135 del Código civil. ee) “Quantum” del límite máximo: tres años de indemnización. Razonamiento y significación. 2) Reformas en la opción laboral. a') Procedimiento de ejecución de sentencias. Elevación de sus respectivos límites: Dos y seis años de indemnización. b') Aplicación extensiva del artículo 213 L. P. L. Precedente ejemplar.—aa) Problemática de su casuística aplicatoria. bb) Procedencia del trámite de ejecución de sentencias de despido. cc) Incumplimiento empresarial de la obligación de readmisión: Procedimiento coactivo. c') Alusión a los artículos 214, 227 y 228 de la L. de P. C. c) Creación de un fondo asistencial a favor de estos despedidos. Funcionamiento: 1) Cobertura salarial durante un año. 2) Intercomunicación con las Oficinas de Colocación Obrera. 3) Financiación económica: Aportación pública y cuotas empresariales (reenvío al “quantum” racional).—CONCLUSIÓN.

## TEORIA SOBRE EL DESPIDO

## INSENCIÓN SISTEMÁTICA DEL DESPIDO EN EL DERECHO EN GENERAL

*I.—Institución típica del Derecho laboral. Su alusión en los artículos 1.584, 1.586 y 1.587 del Código civil*

Localizar el lugar que dentro de las Ciencias jurídicas ocupa una determinada institución es tarea que dentro de la metodología conduce a deslindar el primer obstáculo existente para delimitar su concepto. Y al hablar de institución, no se utiliza el término con todo su rigor y con el contenido ya elaborado por la dogmática, que precisa de unos presupuestos o notas significativas caracterizantes de la categoría y por tanto perfectamente individualizadoras de otras realidades instrumentales que el jurista utiliza en la exposición de sus conceptos. Simplemente se quiere con ello aludir a un tecnicismo ya consagrado, cuando por su misma naturaleza sirve para entender que una circunstancia fáctica acaecible permanentemente en la convivencia regulada por el Derecho ha sido particular y concretamente sometida a la esfera de su juridicidad, y por ello ostenta un contorno selectivo en el que pueden operar los módulos de valoración y entendimiento inherentes al funcionalismo aplicatorio del Derecho, finalidad indubitable de éste y causa de su existencia. Es decir, se trata, sin más, del resultado apretado de una realidad jurídica en cuanto se compone de un acontecimiento detectable por su dación y previsible por su contingencia duradera —excluyéndose, pues, el hecho más o menos aislado— cuando el mismo ha sido conformado o envuelto por la norma; y si además esa realidad jurídica es capaz de aglutinar todos los componentes o incidencias que estén o surjan en el acontecimiento regulado, y por otro lado, contenga en su conjunto las fórmulas explicativas o resolutivas de los conflictos planteados entre los protagonistas del acontecimiento, sí estaremos, entonces, en el área de la institución referenciada; su denominación, en consecuencia, representará una de las técnicas que el jurista emplea para explicar sus conceptos básicos.

Encasillar al despido, objeto de estudio, en la precedente especulación sobre su posición sistemática presupone, con todo el correspondiente proceso derivativo, otorgarle “a priori” la categoría de institución, y por su misma definición, una naturaleza sinónima a la de comportar un expediente jurídico fruto de la subsunción de un acontecer generalizado y con visos de previsible permanencia. Es claro, asimismo, que dentro de las instituciones jurídicas las hay comunes y operativas en diversos campos del Derecho en general; piénsese en la vasta gama representada por los “contratos”, cuya temática es tan agotadoramente jurídica que opera en distintas ramas jurídicas; la justificación del fenómeno, o sea, de la existencia de esas instituciones comunes, o, en otras palabras, que con idéntica terminología funcionan en campos diferentes, no puede ser de base ontológica porque, por esencia, la realidad conformada positivamente siempre es la misma —en el caso de los contratos, el hecho

generalizado que se regula es el nexo concertado voluntariamente entre dos personas (no individuos en todos los casos) y cuyos efectos o consecuencias han de cumplir—, sino de índole secundaria o instrumental: unas veces por el fenómeno especializador del Derecho, origen de la desmembración del tronco común, que, alumbrando disciplinas con visos todas de una sustantividad a veces sospechosa o deficitaria, tienen que acogerse, como asideros de vitalidad, a entidades pertenecientes al tronco, y al aceptarlas en su significación jurídica originan esa comunidad, aunque luego las particularicen con algún sentido original propio de su especialización; otras, obedecen al resalte simple de algún elemento que, siendo por carácter accesorio, deviene en principal en una u otra rama especializada. Mas frente a esta comunidad aplicatoria de algunas instituciones, existen otras que sólo actúan en un Derecho determinado. Esta es la afirmación epigrafiada que se predica del despido.

Cualquiera que sea la disciplina jurídica investigada para comprobar dicha afirmación nos llevará a idéntico resultado: El término es desconocido en general, luego hay que derivar que el fenómeno encerrado en el mismo igualmente es irrelevante. Ello contiene un relieve de particularísima significación, porque si se parte, como se hace, de que en la temática desmembrante del tronco común del Derecho privado escasísimas instituciones carecen del influjo de éste por muy innovada que haya sido la positivación verificada por la disciplina desgajada, en lo concerniente al despido parece ser que esa tesis quiebra por inexacta. En efecto, si se anticipa la asunción por el Derecho civil de la elemental función informadora del resto de las disciplinas, ocurre con el despido que (salvo las referencias literales sin tratamiento alguno, en la regulación arcaica del "servicio de criados y trabajadores asalariados", artículos 1.584, 1.586 y 1.587 del Código civil) no se encuentra su albergue en el seno del mismo. Bien que, como se verá, en esa idea se escamotea un dato de gravitación cualificada: En la concepción jurídica del despido, al margen de su naturaleza, es capital la forma como la política legislativa de un derecho positivo determinado lo ha configurado. Es entonces cuando ocurre esa excepcional alusión en su acogimiento por el Derecho civil. Y es, por tanto, cuando el examen de las materias constituyentes del acervo de las ramas del Derecho revelan que el campo natural de su presencia se encuentra dentro del llamado Derecho laboral, porque el acontecimiento normado se refiere a aquel sector de la convivencia expresamente sometido a la incidencia de este Derecho.

#### *A) Su significación propia en el contrato de trabajo.*

Comprobada, pues, su antedicha inserción sistemática, procede ahora situar al despido concretamente en el contenido del Derecho laboral. ¿Cuál es, de consiguiente, la materia de éste ocasionante de la institución?

Hablar de materia sometida al Derecho laboral comporta el aná-

lisis del contenido de esta disciplina jurídica. Como se abundará seguidamente al respecto, una "suprainstitución" absorbe citado contenido; nos referimos al contrato de trabajo. Acaso sea ésta una cualidad caracterizante de su especializado objeto, que difícilmente puede encontrar paragón en otra rama del Derecho. Y es que para que una realidad quede sometida a la legislación laboral, sea esfera seleccionada de las demás y subsumible en su función sancionadora, ha de transitar por el cauce del contrato de trabajo y sin perjuicio, claro es, de toda la temática de Seguridad Social. En definitiva, a través de la exclusiva y excluyente figura contractual es como se da entrada principalmente al campo de incidencia del Derecho laboral. Participando, por comunidad de origen institucional, en la esencia civilística de las relaciones entrelazantes intersubjetivas, contiene asimismo su idea genérica de referirse a un acontecimiento provocado por el mutuo consentimiento de los interesados que vinculados a sus consecuencias han de cumplir las obligaciones respectivamente constituidas; el objetivo sobre que recaiga dicho consentimiento, o lo que es igual, cuando con el mismo se persigue que una persona —el trabajador— aporte sus facultades o esfuerzo personal para la consecución de un beneficio, o más, en puridad —conforme a actualizada jurisprudencia— o con esa finalidad desempeñe un cometido, al margen de su real consecución en un momento determinado, en favor de otra —empresario— mediante una retribución de éste, será la nota que innove al contrato genérico en típicamente laboral. El "pacta sunt servanda", principio acogedor de la fuerza obligatoria contractual, no ha quedado por esa genuinidad ni siquiera atenuado.

El despido, voz que reúne expresivas resonancias populares, alusivo literalmente al término de una etapa, al de un proceso, o, sencillamente, a la desaparición de un fenómeno existente en el tiempo, encuentra en el contrato de trabajo su peculiar significado. La solución de continuidad, eliminadora de un trácto procedente, que le es inmanente, produce al operar sobre la realidad jurídica del contrato de trabajo la terminación del mismo, la extinción de sus efectos.

Pero lo afirmado, que en un resumen apretado aduce a mecanismos de funcionamiento dispar, conforme al seno en que se examinen, conlleva a analizar una serie de pormenores técnicamente apreciables que nos expliquen no sólo la diversidad institucional correspondiente, sino hasta los posibles engarces o influencias que en torno al despido puedan provenir del mismo Derecho común, en particular, al contemplarlo en su naturaleza o afín con la dogmática, es decir, desprovisto de la opinión constituida que sobre el mismo mantenga un determinado Derecho positivo. Se persigue con el intento no sólo abundar en la diferencia trascendental que media entre el despido en su significado ontológico o cohenestable con su naturaleza como causa de extinción de la relación laboral, y el configurado cuando el control de la ley, efecto del intervencionismo estatal, lo ha manipulado hasta constituir un procedimiento reglado que, a pesar de contar con su función institucional de carácter extintivo, pugna con la voluntariedad, causa de su existencia.

**B) Relaciones entre el Derecho civil y el laboral dentro de la contratación privada: El contrato de trabajo prototipo absorbente de la contratación laboral.**

Ya se anticipó esta idea, que no necesita de mayor desarrollo, pues su entendimiento y comprensión constituyen “communis oppinio”.

Que el contrato de trabajo acoge la realidad informadora del Derecho laboral expresa una verdad indiscutible: Precisamente para hablar con rigor de este Derecho, o, con otras palabras, para que una materia sea laboral y esté regulada por el mismo, debe estar inserta en el acervo de vicisitudes o incidencias dimanantes de la actividad laboral. Sólo cuando se establece una relación intersubjetiva determinante de una conducta de uno realizada en provecho de otro, mediante una retribución, o sea, se genera un contrato de trabajo, hace su aparición el Derecho laboral; en otro aspecto, si la disciplina nace así en exclusividad, también su cometido lo es hermético en igual sentido: En puridad, su contenido abarcará expresamente la temática completa derivada del funcionamiento de tal contrato; aunque sea claro, conviene no incidir en el equívoco de que si bien mediante el Derecho laboral los Estados practican principalmente su política de Seguridad social en cuanto con la misma orientan su intervención en el proceso de producción económica, sin embargo, numerosas funciones, consecuencia de esa política social, escapan del contenido propio del Derecho laboral, y ellas son las que, como se ha dicho, no se han encauzado merced al contrato de trabajo, o tampoco son efecto aunque remoto del mismo.

Abordemos ahora las manifestaciones del influjo del Derecho común en este contrato de trabajo, o en el contenido básico del Derecho laboral.

**a) Naturaleza personal del contrato de trabajo.**

Para razonar sobre esa interrelacionalidad entre una disciplina y otra se debe considerar qué cualidad es la predominante en el contrato de trabajo. Se rubrica el asunto afirmando que el mismo tiene naturaleza personal. La “personalidad” en los contratos, o con una terminología válida al punto, los denominados contratos personales deben añadir un “quid” significativo de la categoría, porque por lógica definición todos los contratos implican la intervención, como protagonistas de su realidad, de las personas contratantes. Entonces si se afirman que existen unos, dentro de los que se halla el de trabajo, de naturaleza personal, será porque la concurrencia de determinadas circunstancias en los intervenientes ha sido factor decisivo para su realización. Siendo ésta la idea que late en los contratos “intuitu personae” del Derecho civil, como después se abunda, se opina rotundamente que en el contrato de trabajo la “personalidad” de las partes está tan reforzada o diáfana que equivale a lo que en Derecho común se llama contrato personalísimo o de hacer personalísimo, fuente de las obligaciones de este tipo, y de las que el artículo 1.161 del Código civil es un exponente cierto de su acaecimiento.

La naturaleza personal del contrato se demuestra, en línea de principios, porque el mismo se ha originado por la respectiva representación que de sus circunstancias tienen anticipadamente los contratantes. Se dice en línea de principios, o en términos generales, con independencia de que en la realidad haya supuestos en los que la actividad contratada, o la pertinente prestación, sea no selectiva y por tanto puede sustituirse por otra persona al trabajador o, como acontece de hábito, aparezca la contratación en masa, o contratos de trabajo idénticos para una cantidad numérica de trabajadores. Ambos eventos no despersonalizan esa naturaleza que, como se dice, está presente en todo su complejo caracterizador. En efecto, la clásica nota de dependencia, aglutinante del sentido laboral que media en la relación entre las partes, está provista de un acentuado personalismo. Igual se contempla esa dependencia en su criterio inveterado —hoy ya superado— de que el trabajador actúe en todo momento conforme a las órdenes del patrono, prejuzga que antes éste y a la hora de contratar haya tenido en cuenta las circunstancias personales de aquél, para así calibrar si será capaz de conseguir el resultado para el que lo contrata; si bajo el prisma de actualidad, más en consonancia con la interpretación vigente de la fricción laboral en su sentido expansivo y atrayente, la citada nota de dependencia se la reduce simplemente a que el trabajo o actividad desempeñada por el trabajador, y por acusada que sea su libertad para realizarlo, siempre ha de procurar un resultado de incremento patrimonial o coadyuvar en el proceso de producción creado por referido patrono, es asimismo claro que la representación de esta finalidad, móvil determinante del trabajo ejecutado, subordina la esfera de ejercicio del trabajador a la preeminent o principal de su patrono; en ambas visiones, pues, resaltada la dependencia, aparece el personalismo del contrato, esto es, la contemplación de las calidades de los interesados, como decisivas para el origen y vida de la relación. Tanto, pues, sea el peso de subjetividad disciplinaria ordenadora del sentido del trabajo —dependencia en su perfil clásico—, como la contemplación objetiva o teleológica de participar voluntariamente en el proceso de producción creado por el empresario —argumento presente—, conllevan a la personalidad rubricada. Aunque esa naturaleza también está presente en la totalidad de presupuestos que estructuran el contrato de trabajo, parece que realizada, como ha sido, en su característica de la dependencia, de siempre sintomática, puede detectarse su haz de manifestaciones en el estudio que sigue, a propósito de contrastar su acaecimiento en el Derecho civil.

*b) Presencia en el mismo de los caracteres del Derecho civil en los contratos “intuitu personae”.*

Por definición, como se ha esbozado, en estos contratos, origen de las obligaciones personales, o de hacer, la consideración de las cualidades o circunstancias que animan o concurren en los futuros contratantes, comporta la decisión de su nacimiento y permanencia, de tal suerte que, en puridad, no existe la sustituibilidad en la

ejecución de sus respectivas prestaciones. Esta última nota se ha indicado que cabe ignorarla en la entidad laboral, sin que sufra su naturaleza; no obstante, técnicamente es atendible, sin olvidar que la posible fungibilidad de conducta modula la prestación de hacer personalísimo de la que no lo es. En resumen, hay que subrayar que el relieve de la definición se ubica en la fase generacional y de perfección del contrato —momento en que se contempla quién es el “alter ego”— y no en el de su ejecución, que ya desdice su misma esencia personal, porque lo que entonces interesa es la obtención, en su caso, coactiva del resultado propuesto, al margen de que lo sea mediante tercera persona —obligación de hacer— o por vía de resarcimiento sustitutiva de la prestación específica —obligación personalísima—.

Veamos cómo se reflejan esos caracteres según sean las fases del proceso contractual en uno y otro tipo de contrato:

### 1) *Manifestaciones comunes en sus fases operativas.*

Los caracteres de la personalidad explicada conducen, naturalmente, a que las circunstancias tenidas en cuenta antes de contratar no sólo han condicionado su existencia, sino que, en otro sentido, si las mismas desaparecen, tanto en su realidad o en la visión representativa que tenga la contraparte del suceso, provocarán la extinción del contrato en cuestión; porque, por su propio sentido, hay que puntualizar que esas circunstancias se modulan conforme a la idea que de su presencia tienen los interesados, o sea, a veces, aunque contradigan la verdad y no las disfruten o posean los sujetos, si el respectivo interesado, no obstante, así él las entiende o visiona, o por el contrario, a pesar de que se mantengan, él estima que ya han desaparecido, se producirá la vicisitud correspondiente en la vida del contrato. Ello es muy significativo, porque explica que sólo la voluntariedad de las partes, que recíprocamente participen de la creencia de las circunstancias personales aludidas, viabilizará el nexo establecido. Ya se verá, en su lugar, cómo opera este particular al momento de contrastar técnicamente la institución del despido.

#### — *Perfección.*

Sin necesidad de estudiar la etapa de preparación o generación del contrato, esto es, los preliminares o “pprevi” del Derecho italiano, que se entiende sobreentendida en cuanto siempre se precisa un contacto inicial, cambio de impresiones en el que los interesados valoren el contenido de la oferta y la demanda respectivas, la personalidad apuntada en la fase de perfección o nacimiento del contrato, que en el Derecho civil se conforma mediante el otorgamiento del consentimiento negocial en el cual, naturalmente, la decisión “cum animo contrahendo” ha sido fruto de la contemplación recíproca de cada una de las partes en los términos derivados de la fase generacional previa, está igualmente presente en el contrato de trabajo, y como se afirmó, todavía con más intensidad: para el empresario que sólo contrata —es decir, emite su voluntad negocial— cuando

se ha cerciorado de la calidad personal y profesional del trabajador —a la postre su aspecto profesional, vital para la relación laboral, no deja de insertarse en el cúmulo de circunstancias personales por él ostentadas—, y para éste (aunque no con tanta intensidad, como cierta doctrina sostiene e incluso hasta discute) cuando también conoce y acepta todo lo que individualiza al patrono y a él le interesa —v. g., seriedad, solvencia, disposición retributiva, que son atributos de su personalidad—. En otro aspecto, la misma instrumentación del contrato de trabajo, es decir, la materialización de su perfección a través de la observancia de la forma, arroja el influjo civilístico. Sin acudir en esta ocasión al contraste Código civil “versus” Ley de Contrato de Trabajo al respecto, basta considerar que siendo principio universal el de libertad de forma para la perfección de las relaciones de trabajo, en el contrato de este carácter el consensualismo es premissa firme aplicable para su constitución.

— *Consumación. Su tracto sucesivo prestacional.*

Fase en la que el contrato surte sus efectos, y por ende, funciona en plenitud de existencia. Vivificada por el dogma del “pacta sunt servanda”, su mecanismo operativo es semejante en ambos campos del Derecho. En el civil, la ley contractual establecida, consecuencia de la autobligación para cada una de las partes, proporciona el marco de restricción de libertad a que cada uno se somete con la contraparte, y por tanto el contorno que han de cumplir; el contenido del contrato en donde se hallan las obligaciones generadas señala aquéllo que de carácter prestacional se ha de realizar. Afirmar, pues, que esto así ocurre en el contrato de trabajo, no alude más que al significado de su finalidad, o razón de su existencia: La eficacia del contrato de trabajo, o la observancia de sus efectos, objeto de su contenido, no hace sino expresar el logro por el mismo de su destino natural. En cuanto a la nota de personalidad, en esta fase algo soterrada o indiferente, podrá atisarse, acaso, apreciando cómo en la manera concreta de cumplir cada parte sus respectivas prestaciones puede influir su acervo personal o conjunto de circunstancias o calidad. Ahora bien, conviene subrayar —como un carácter más que individualiza al contrato de trabajo por la forma en que surte sus efectos—, su *tracto sucesivo prestacional*, o la continuidad en su consumación hasta que surja una causa de extinción, lo que, a diferencia de aquellos contratos de cumplimiento o ejecución instantánea, produce la persistencia de ese personalismo mientras transcurre su vigencia o se cumple su proceso de duración, con la particularidad correlativa de que en ese decurso se mantiene el respectivo “facere” en cada una de las conductas de las partes. Al final, se extraerá de esta nota otro argumento para fundamentar la imposibilidad jurídica de imponer coactivamente la perdurabilidad de la relación en contra de la voluntad de uno de los intervenientes.

— *Extinción.*

Fin o término del contrato. Al mismo se puede llegar o por vía regular, cuando al producir sus efectos la razón de ser del contrato

desaparece, o bien porque acaezca un evento previsto o imprevisible, que asimismo lo finique; como no se trata de delinear todos los supuestos de extinción, porque ello obedece o se basa en el peculiar contenido o tipo de contrato, basta afirmar que ciñéndonos al tema de los contratos personales, en donde, como se ha repetido, la representación recíproca de las circunstancias opera para cada parte como factor condicionante de su decisión negocial, es claro, como asimismo se indicó, que desaparecidas las mismas se producirá una causa extintiva; ya sea en la realidad de los hechos, ya sea en la particularísima concepción o creencia que cada uno tenga de que existen, cuando esa realidad fáctica o subjetiva desaparece se extinguirá el contrato; por ello, se afirma que la voluntariedad es signo de su permanencia, y que no sólo el mutuo disenso, sino la unilateral voluntad en contrario, conforman uno de los cauces genuinos de extinción de estos contratos, teoría, de consiguiente, aplicable en el campo civil como en el laboral. Demostrar con más detalle esta especial manera de provocar la cesación de los efectos de contratos personales, como por autonomía lo es el contrato de trabajo, implica ratificar el proceso expuesto: si para contratar cada parte apreció la idoneidad supuesta del otro —v. g., en el empresario, la competencia, lealtad o laboriosidad del trabajador—, lo que conforma su móvil determinante de su decisión negocial, es lógico que desaparecido, en la verdad objetiva o en su convicción, alguna de esas circunstancias, ya carece de base de permanencia para él el nexo contractual, y de consiguiente puede, si quiere, extinguirlo a través de la oportuna acción resolutoria. Lo mismo, y se admite como principio indiscutible, ocurre en el contrato de mandato, típicamente personal, cuando desaparecida la “affectio” o ligamen de confianza —“ratio” oculta sin duda— se vitaliza su extinción mediante la acción revocatoria: véase el artículo 1.732-1.<sup>º</sup> del C. c. En su lugar se obtendrá de lo afirmado la utilidad adecuada para potenciar técnicamente la naturaleza del despido.

#### *Identidad de “ratio”.*

La respectiva influencia explicada en cada una de las fases del proceso contractual del Derecho civil y el laboral, así como el resalte de su naturaleza personal, se fundamenta en que, cualquiera que sea el campo de juridicidad estudiado o la modalidad o figura analizada, se mantiene la identidad de “ratio” de la institución contractual. Con ello se quiere subrayar que precisamente lo apuntado como manifestación de influencia y personalismo equivale, en el campo de los contratos, a la innegable acción o inspiración que el Derecho civil proyecta sobre el laboral, del que actúa como tronco común al ser el otro una disciplina derivada por la especialización de su materia. Entonces la esencia de la fuente informadora se encuentra en el cuerpo informado, que es lo que ocurre en la institución contractual repasada. En sentido distinto se verá cómo la propia naturaleza especializada del Derecho laboral ha innovado la figura contractual y le ha acoplado unos complementos de particular mecanismo que constituyen el objeto del estudio posterior.

## 2) *Diferencias específicas.*

*a') De contenido ontológico por la fisonomía "sui generis" del contrato laboral.*

La información civilística del Derecho laboral, disciplina que pasa sin dificultades escolásticas como incursa en el Derecho privado, no puede desnaturalizar su particular esencia porque, con independencia de cuál sea la justificación de su actual sustantividad producto del fenómeno especializador desmembrante, lo indiscutible es que ostenta suficientes atributos para ocupar hoy la posición concreta que tiene en la dogmática jurídica. Si esto es una realidad inconcusa, el influjo del Derecho común no abarcará la totalidad de su contenido y la propia particularidad de la actividad enmarcada en su funcionalismo sancionador ostentará relieves bastantes para fundamentar su verdadera naturaleza científica.

Se trata de distinguir, dentro de las posibles diferencias que individualizan al contrato de trabajo del típicamente civil, aquellas que efectivamente responden a una situación de hecho distinta, y, por tanto, contienen un presupuesto regulador asimismo diverso, de las otras, que tal vez obedezcan no a un seguro soporte sustantivo, sino al resultado de la política legislativa, que con su intervención ha modulado con criterio diferente lo que en verdad no es más que una incidencia que se deriva de la problemática contractual. Examinémoslas a ambas:

### *Su masificación.*

Tal vez, por tratarse de un dato medible sólo en cantidad y por ende desprovisto de virtud cualitativa caracterizante, quepa desvalorizar su real gravitación para el entendimiento de la naturaleza del contrato de trabajo, y sobre todo para equipar al mismo de un suficiente acervo de elementos individualizadores con respecto al común. A nuestro entender, si bien no se desconoce en principio la contingente realidad de su acaecimiento, y es más, su hasta aparición tardía, según descubre el desarrollo cronológico de la disciplina —nos referimos, claro es, que sólo con el surgimiento de la empresa y la era industrial esa masificación es acusada, aunque en otro aspecto el nacimiento independiente del Derecho de trabajo tampoco ostenta un pretérito superior—, e incluso sin omitir su exacta naturaleza sobrepuerta o efímera, no obstante se estima que reúne significativos elementos para tenerla en cuenta en esa elaboración caracterizante. Se trata, en fin, de destacar que en el Derecho de trabajo suele ocurrir un fenómeno que no es habitual en el civil: la posibilidad cierta de que por una misma parte, el empresario, se concierten varios y numerosos contratos de trabajo de igual contenido con trabajadores distintos; esto, tan aparentemente simple, innova o acopla un "quid" genuino a la relación laboral que se detecta tanto en la flexibilidad de los trámites de contratación como en la observancia de la forma completamente libérrima y hasta en los cauces de ulterior aplicación interpretativa. Aunque sea incidir en objetivo diverso, plén-

seso que esa masificación, o elaboración de contratos de trabajo en masa, no es tan superficial en su significado, cuando precisamente constituye, junto con otros factores de cuestionabilidad laboral, una de las causas de la política social de los Estados al reflejar así, con su incidencia subjetiva amplia, la afección para la mayoría de los ciudadanos, en cuanto participan en la producción con su trabajo.

#### *Disparidad posicional de las partes.*

Es otra diferencia específica del Derecho laboral respecto al común.

Conviene puntualizar que el sesgo materialista que “a priori” pueda imputarse a esta diferencia es de difícil rechace. Porque afirmar la disparidad posicional no se reduce a que una parte ocupa el lugar del trabajador o asalariado y otra la de patrono o empresa, ya que ello es el distingo terminológico por las respectivas prestaciones asumidas. La disparidad provendrá, sin duda, en que generalmente —se admite la excepción confirmatoria de la regla— la parte patronal disfruta de una posición de preeminencia, está dotada de un cúmulo de asistencias, goza, en fin, de unos recursos patrimoniales que difícilmente pueden detentarse por la contraparte trabajadora. Y así, como también ocurrió con la masificación, esta nota opera con un norte diferente pero muy elocuente y atendible dentro del campo laboral: puede decirse que es otra de las razones para justificar el mayor intervencionismo estatal padecido en la ordenación de esta disciplina jurídica. La influencia que esta característica provoca en el contrato de trabajo, como peculiaridad indiscutible, se obtendrá considerando que uno de los principios orientadores del Derecho contractual es, sin duda, el del equilibrio prestacional, efecto subsiguiente a una previa situación de igualdad entre los intervenientes. En consecuencia, la tarea no sólo interpretativa, sino ordenadora, de la actividad laboral procurará que, en lo posible, no se frustre ni esa igualdad —inalcanzable en la realidad, por lo general— ni se malogre ese equilibrio, por lo que se ajustarán a baremos diferentes, pero adecuados, las respectivas conductas de los protagonistas a lo largo de todo el proceso operativo del contrato.

#### *Trascendencia económico-social.*

La directa repercusión que el contrato de trabajo tiene en el fenómeno de la producción económica y en el del bienestar comunitario son aspectos igualmente excedentes en teoría del criterio legislativo ordenador, aunque también sean condicionantes de éste. Puede afirmarse que la principal vía de desarrollo económico de un país se hallará dentro del seno del contrato de trabajo, que es donde siempre se encuentra el factor indispensable de su producción, o, en otras palabras, en donde surgirán las distintas fuentes de alumbramiento de bienes perecederos que, a la postre, compondrán el acervo de aquel proceso. Subrayar que el nivel de vida, el disfrute de esos bienes y, en fin, la situación material de los ciudadanos dependen, en gran parte, de la regulación de su actividad laboral, no es sino descubrir

algo de universal acogimiento. Por tanto, será consecuente la afirmativa de que este contrato esté lo suficientemente previsto y acuse un teleologismo social indiscutible, que no cabe encontrar en el correspondiente contrato de Derecho civil. Cualquier quehacer interpretativo no puede desconocer esta característica, si el mismo aspira a una línea perfectiva; es otro apunte, se entiende, demostrativo de la axiología laboral.

*b') De contenido instrumental o de técnica legislativa: ExpONENTE de la política social de los Estados.*

Son otras diferencias con el Derecho común, que el contrato de trabajo, de naturaleza personal, puede contener, pero no consecuentes con esa naturaleza ni tampoco extraídos de la realidad fáctica en que se elabora el mismo. Y como anteriormente se examinaron una serie de diferencias "ontológicas" que también repercutían en la ordenación positiva de la relación, es pertinente resaltar que éstas, aunque sean producto de igual tarea legislativa, no tienen la misma significación; las precedentes, porque siendo de general acaecimiento, operaban en la mayoría de los ordenamientos, y éstas, en cambio, pueden contenerse en alguno en particular que, por motivaciones muy particulares de idiosincrasia o situación económico-social, entiende de oportuno acogimiento. El interés de las mismas radica en que a su través se alumbrará cómo aflora la dicotomía básica que se cierne en torno al despido, sobre todo porque fundamenta una de las dos posiciones sobre su naturaleza: la que lo estima como necesitado de regulación pública.

#### *Soluciones tácticas ante el mundo laboral.*

Con este epígrafe, acaso no muy afortunado para anticipar la idea en él contenida, se aspira a calificar de alguna forma el fundamento "sui generis" que el legislador de que se trate tiene en cuenta para manipular alguna de las fases del proceso contractual de trabajo. Pero aunque ese proceso deviene por la voluntariedad de los interesados, quienes observando las formalidades legales, en su caso, establecidas —aspectos legislativos originados por las diferencias precedentes—, algunas sinónimas a un intervencionismo sospechoso de juridicidad —v. g., el preaviso a las Oficinas de Colocación Obrera antes de contratar—, sin embargo, como una vez generado y nacido el contrato, su viabilidad o su funcionamiento o no, y, en resumen, hasta su armonía "inter partes", interfieren el mundo laboral, naturalmente, en unión de otros muchos problemas, es entonces cuando el Estado advierte con su control el riesgo que puede presentársele si esa interferencia es sinónima de fricción o por cauces imprevistos puede truncarse esa armonía de su funcionamiento, defendiéndose ante posibles acciones deletéreas de su desaparición. O sea, la libertad para contratar alumbría el acontecimiento laboral que por esencia y significado afecta al proceso de producción económica de la nación; luego todo lo que suponga una innovación del mismo, y más aún, una extinción de aquél, ha de controlarse; si a lo dicho se añade que la

extinción irregular del vínculo, y no por el cauce establecido, puede fomentar el desempleo o desocupación, con el cúmulo de dramas inherentes, se comprenderá por qué ante el problema cada Estado garantice con la solución particular o “táctica” el remedio pertinente. La repulsa de este ingrediente intervencionista en cualquier tipo de contrato de Derecho civil, de naturaleza personal, es clara.

*Sistemas liberales: el contrapeso de la huelga.*

Las soluciones tácticas indicadas, naturalmente, ni son caprichosas ni tampoco desconocen el nivel mínimo de juridicidad, aunque no ostenten una valoración técnica adecuada que las coherente con la naturaleza personal del contrato, que es tanto como la prevalencia, en todo caso y momento, de la voluntariedad de los interesados. Bien es cierto que si ese predominio de la voluntad de los intervenientes es diáfano en los contratos de Derecho civil —ejemplos del mandato, la sociedad, la donación, etc.— personales o con presencia de una suerte de “affectio” recíproca, no obstante en el de trabajo no puede entenderse con igual intensidad esa prevalencia; en otras palabras, no es correcto elevar la voluntad a única ley del contrato laboral, porque, también como se expuso, en el mismo acaecen una serie de circunstancias típicas que sobremanera inciden en estadios superiores que, por necesidad, atraen niveles de atenuación. Mas, en términos estrictos, el juego de la voluntad es imprescindible, aunque ésta esté atenuada o comprimida.

La base jurídica atribuida a estas soluciones se halla en que las mismas procuran, en la medida de su acierto, conseguir o respetar la vigencia del equilibrio prestacional, y más aún su causa generadora (la igualdad posicional de las partes) de tal forma que cualquier tipo de control sinónimo de ese intervencionismo inveterado en la relación laboral se debe justificar porque con él se aspira a destruir “formalmente” el desequilibrio “de facto” antes apuntado. Por supuesto y en consecuencia, todo aquello que suponga la atribución de iguales medios a los interesados para que en la eventual pugna o contacto no existan desniveles tenderá al logro de ese equilibrio.

Se habla de sistemas laborales, de tipo liberal, para indicar aquellas ordenaciones (cada vez más escasas ciertamente, porque la desocupación laboral aumenta hasta en los países más industrializados) que asisten en la relación laboral supervisando la misma, pero sin desplegar mandato alguno; vienen a ser como espectadores de su proceso o incidencias, y como respetuosas con su raigambre civilística: al igual que la relación se generó voluntariamente, debe someterse su operatividad a la voluntad de los interesados, de tal suerte que un disenso en contra habilite su desaparición. Pero, en este caso, ¿cómo se equilibra la real desigualdad entre patrono y trabajador?; desigualdad, como es sabido, que gravita en modo en la fase generacional, por los obstáculos que una oferta escasa puede oponer a una generosa demanda de trabajo, y que, en concatenación, se aumenta cuando consentida la libre extinción de la relación —sistema del despido LIBRE, que luego se examina—, provocará otro sujeto más ávido

por superar o afrontar la antedicha generación. La solución táctica que suele adoptarse por los sistemas de este corte es reconocer asimismo a favor de los trabajadores el llamado derecho a la huelga, el que, se dice, con un aparato de organización sindical correspondiente detenta en sus manos la eventualidad de glutinizar a los núcleos de trabajadores para que en un momento determinado paralicen sus actividades y fuercen al empresario a consentir en unos beneficios o derechos; la solución, como se expresa, es "táctica", y sin que sea éste el lugar "ad hoc" para enjuiciar la cuestionabilidad de la huelga, parece que en este acoplamiento de posiciones para contrarrestar la libertad de acción del empresario a la hora de extinguir la relación laboral con el atributo del trabajador de acudir o iniciar una huelga, quiebra en algún aspecto tan significativo como la experiencia ofrece, pues se estima que no en todos los supuestos el "arma" del despido represente, en verdad, el contrapeso apuntado; a nuestro criterio, acaso la apoyatura sociológica de esta libertad recayente sobre la relación laboral pudiera estar en la dación de circunstancias laborales propicias que acompañen la oferta y la demanda, en economías prósperas en las que el absentismo o desempleo laboral no dramatizan la cuestión social de los Estados, lo que, he dicho, en la actualidad es excepcional.

De cualquier forma, lo relevante al punto es señalar la existencia de estos regímenes, en los que el personalismo del contrato resplandece y en donde, como se verá de nuevo, el despido no es sino el acto unilateral resolutorio del contrato, sin cortapisas legales de género alguno. El hecho de que por esta pasividad pública se reencuentre la savia civilística de los contratos de naturaleza personal no se estima sea mérito reflexivo o buscado por el ordenamiento de que se trate; será, a lo sumo, coincidencia obtenida merced al estudio de sistematización expuesto.

*Sistemas de autoridad: cercenamiento de los derechos del contrato en aras a su estabilidad.*

Ciertos Estados —cada día más— intervienen decisivamente, a través de su política social, en el mundo laboral, y siendo, como se razonó, el contrato de trabajo el origen de esa realidad, la incidencia de su política se proyectará básicamente fijando la ordenación de la misma. A los regímenes de este cariz se les califica de autoridad, porque sin perjuicio de que organicen el concierto comunitario en general con unos presupuestos cuya exclusiva finalidad es el mantenimiento del orden público y social, que supeditan en su respeto el ejercicio de los derechos cívicos, igualmente expanden su acción imperativa en cualquier campo de la convivencia que pueda acunar eventualidades de alteración de aquel orden o de la legalidad establecida, con independencia de cual sea la naturaleza del fenómeno ocasionado al menos en los países más representativos; y, por supuesto, de los que no ostentando matiz político alguno pueden influir intensamente en el esquema coactivamente impuesto, sin duda, se encuentran los provenientes del mundo laboral, porque al afectar a un gran número de



dor los atributos que originariamente tuvo y sirvieron para trazar el nexo, le asiste el derecho de resolver el contrato existente.

La dualidad, pues, examinada opera directamente en la institución del despido, como se verá a continuación.

C) *Explicación del despido en la precedente exposición.*

Se anticipó al comienzo del estudio que el despido conceptualmente ostenta una idea afín a la vibración popular de la palabra: Dentro del contrato de trabajo, en cuyo expediente se encierra, significa la extinción del mismo, a consecuencia de la desaparición de la base personal que actuó en su generación como factor representativo condicionante. Según se asista a una completa libertad de las partes para su funcionamiento, o bien el mismo se subordine al control público establecido, así se alcanzará la siguiente dicotomía individualizadora del mismo.

a) El despido libre: término del contrato por voluntad de las partes. Su relieve técnico-jurídico.

En los llamados sistemas liberales, la institución del despido opera automáticamente conforme a los deseos de alguno de los interesados. Se dice, entonces, que rige el principio del despido libre, en cuanto depende de la voluntad partícipe que la relación se extinga o no. Se razonó que esta tesis es la que se cohonesta con el verdadero carácter del despido, dado que actúa en la última fase en que estructuralmente se descompone el contrato de trabajo, por esencia, de naturaleza personal. Efectivamente, la base representativa que de las circunstancias de cada interesado tiene el otro, es la razón determinante del proceso contractual, de tal suerte, que desaparecida esa base se termina la relación; y como las citadas circunstancias en posesión de cada parte son relevantes en tanto en cuanto la otra así las tiene en cuenta, se concluye en que a su albedrío puede paralizar la trabazón negocial existente; ciñéndonos al despido, en su modalidad de libre, es obvio que, por ejemplo, si al empresario no le interesa, por el motivo que fuere, la continuación del trabajador a su servicio, es porque esa falta de interés, en su estimativa técnica, equivale a que, en su sentir, ya no reúne alguna de las circunstancias que originariamente tuvo al contratarlo; luego la consecuencia resultante será que, desaparecido ya el factor de representación personal, se habilita el término del contrato.

b) El despido reglado: subordinación a la ordenación legal contraria a su naturaleza. Su justificación económico-social y alcance de la misma.

Propio de los sistemas de autoridad, el despido reglado es la manifestación más contundente del intervencionismo estatal en la relación laboral, y mediante el mismo se establece que únicamente podrá funcionar cuando se cumplan los supuestos expresamente impuestos por la ley. Fácilmente se comprende que se interpola en el proceso contractual un elemento de extraña génesis, pues si el contrato se

constituyó voluntariamente en virtud de las circunstancias personales de los interesados —consecuente con su naturaleza personal—, sin interferencia de clase alguna, si, además, el mismo ha dado muestras de su vigencia a través del cumplimiento de las respectivas prestaciones de las partes sin tampoco el peso de resortes improprios, acaece que en su última fase, cuando asimismo había de jugar exclusivamente la mutua intención de los contratantes, aparece la disciplina del legislador que, escamoteando el derecho de uno de ellos, lo condiciona a la observancia de las formalidades instituidas. Se dirá que hasta cabría la posibilidad de un hermetismo legal que sancionara al despido como institución PROHIBIDA; no se ha individualizado esta hipótesis, porque carece de mínima justificación racional, pues el sistema que así lo entendiera desconocería, en su caso, que el acatamiento de su observancia produciría más fricciones que armonías en el concierto laboral, porque, en resumen, obligaría a la perdurabilidad de una relación laboral personalista, *en contra* de la voluntad de una de las partes; aunque criticable, en la puridad técnica, el sistema del despido reglado es la máxima manifestación a que puede alcanzar la ordenación superpuesta de una legalidad informadora.

Ahora bien, que en la ponderación jurídica, que siempre aspira a la fidelidad y respeto de la naturaleza de las instituciones, el despido reglado sea censurable, por esa “despersonalización”, no conduce a una correspondiente afirmación si se analiza desde otros puntos de vista; sin que con esto se alabe al sistema de que se trate, simplemente se trata de advertir que, a veces, la regulación del despido, la vigencia del llamado despido reglado, puede justificarse por otros motivos instrumentales que sopesados con otras balanzas distintas a la jurídica, reúna razones suficientes para su mantenimiento. En otras palabras, si se parte de una comunidad de economía deprimida, en la que afloren el desempleo —como se indicó— y el número de individuos sin trabajo, que virtualmente padecen situaciones de desamparo material, causa de su descontento o rebeldía, es natural que el Estado en cuestión intente, paliando este fenómeno, reducir la incidencia de sus afectados, y en consecuencia, reglamentado el despido, únicamente lo viabilice cuando se den motivos justificados para su determinación. Si además se añade que, de hábito, el autoritarismo político desconoce ciertas libertades laborales que pudieran, tal vez, doblegar la preeminencia de los patronos a través de la existencia de grupos de presión sindical, el recurso de la huelga, etc., medios todos que, sin justificarlos, atenuarían esa preeminencia o el temor del despido, honestamente hay que admitir que el criterio del despido reglado equivale a una solución, inicialmente la más ventajosa para la esfera de trabajadores, porque, en otro aspecto, a su socaire, se tiende a la consecución del principio de igualdad posicional, dogma inconsuso en el Derecho contractual. En resumen, se estima que en el plano de política socio-económica de una cierta comunidad, el sistema de autoridad que imponga el despido reglado contiene atributos para considerar su admisibilidad. El alcance de los efectos propios de este despido reglado es lógico entenderlos con absoluta fidelidad, es de-

cir, que sancionándose un despido como no justificado, y por tanto ilegal, los interesados habrán de pasar por sus consecuencias. En su lugar se enjuiciará el verdadero valor de esta afirmación, aparentemente inatacable.

## II.—Concepto y naturaleza del despido

Explicada ya la exacta ubicación del despido, dentro del Derecho de trabajo, así como su exacta significación técnico-jurídica en razón a la influencia recibida por aquél del Derecho civil, determinante de la presencia en el contrato laboral de las notas individualizadoras de los llamados contratos de base personal, se impone, ahora, determinar su concepto, no en su línea institucional, que ya está suficientemente elaborado, sino en la síntesis definitoria reveladora de su verdadero carácter.

Puede, en esa tendencia, concebirse al despido como aquella institución propia del Derecho de trabajo mediante la cual una de las partes manifiesta su voluntad de no continuar la relación laboral existente, produciéndose a consecuencia de ello la automática extinción de la misma. En esta definición se estima que se resumen los elementos que individualizan técnicamente al despido, pues se alude no só'o a su enmarque "sui generis" dentro del Derecho de trabajo —única disciplina, como se sabe, que la acoge—, el voluntarismo en su viabilidad, fruto del personalismo del contrato de trabajo, y la proyección de sus efectos determinante de la desaparición de la relación, que es, en particular, su nota más significativa.

Al hablar de naturaleza del despido, y como se ha concluido que por unas causas o por otras, el jurista se enfrenta con la dicotomía de su tratamiento que ocasiona la existencia de unos sistemas acoyedores del llamado despido **LIBRE**, mientras otros siguen el del despido **REGLADO**, al margen de su mayor o menor aproximación a su fuente de inspiración civilística, debe abordarse la atinente a cada uno de ellos.

### A) *Causa de resolución contractual de libre ejercicio.*

Es la naturaleza correspondiente al denominado despido **LIBRE**. Para su configuración conviene especular sobre el matiz jurídico que tiene la conducta del contratante, por lo general, el empresario, que con su disenso hace uso del despido y extingue la relación laboral. No hay duda que dicha conducta, en cuanto determina unos efectos, engloba el ejercicio de un derecho a través de la acción correspondiente, que debe valorarse a la luz del Derecho civil, porque, en definitiva, su información resplandece en la órbita del contrato de trabajo, que percibirá el impacto de la acción en cuestión. Si memorizamos las causas de ineficacia de los contratos, en general, y extraemos las de modalidad sobrevenida, o sea, aquellas que producen la cesación de los efectos del contrato válidamente constituido y operante hasta entonces, se recordará que, aparte del grupo representado por la rescisión que siempre opera cuando acaece "a posteriori" un perjuicio económico para una de las partes sancionado "ope legis"

—de aquí la torpeza manifiesta del calificativo de acción rescisoria que hace el artículo 97 L. P. L.—, las demás causas afloran al Derecho, bien por la vía de la revocación excepcionante de la irrevocabilidad de los contratos, o por la de la resolución que tanto se haya previsto de antemano con la condición o tanto se presuponga inmersa por la naturaleza de la figura, producen asimismo esa ineficacia cuando el contrato ha surgido en razón a la “personalidad” de los contratantes: v. g., mandato, donación, sociedad, etc.; pues bien, se entiende que eludiendo el término de revocación, porque excepciona el “*pacta sunt servanda*” sin que a su vez individualice nítidamente su presupuesto desencadenante, se opta por el término resolutorio que sí explica suficientemente un significado propio de cesación de efectos de un contrato de base personal por el cambio de voluntad de una de las partes. La acción, de consiguiente, ejercitada por el contratante de que se trate, es de tipo resolutorio, ubicándose, pues, al despido, en su explicación técnico-jurídica, como de naturaleza propia con la resolución contractual, y cuyos efectos determinan la desaparición del vínculo laboral. Y resulta sorprendente que el legislador patrio en la L. P. L., artículo 97, hable de facultad *rescisoria* al referirse al despido, cuando precisamente en su artículo 1-1.º, párrafo 2, a propósito de los conflictos colectivos de trabajo puntualice exactamente la naturaleza de los despidos producidos a consecuencia de los mismos, denominándolos “decisiones de *resolución* de los contratos de trabajo adoptadas por las empresas”.

B) *Causa de resolución contractual condicionada a la regulación de supuestos legales.*

Es la naturaleza atinente al despido REGLADO, o permitido sólo en los supuestos determinados por la ley. También, pues, se configura a este despido como causa de resolución del contrato, porque contiene los requisitos fundamentales de la resolución: actúa en un contrato válidamente constituido, y vigente hasta entonces; surge por una manifestación de voluntad de las partes y produce la cesación de sus efectos; tan sólo la circunstancia de que no se pueda utilizar con libertad, o ejercitar la acción sin sometimiento alguno, como ocurría con el despido libre, puede desvirtuar esta caracterización, aunque, realmente, lo que importa es subrayar aquella dación de circunstancias, y tan sólo agregar que el hecho de que su puesta en funcionamiento dependa de la observancia de la ley, sólo implica una reducción actuatoria para su titular, y, siempre, en última instancia, porque la conducta consiguiente anidará el deseo resolutorio expresado en cualquier caso o eventualidad, con independencia de cuál fuere el veredicto jurisdiccional condenatorio de una acción de despido no conforme con la ley.

## CAPITULO SEGUNDO

### EL DESPIDO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

#### I.—*Vigencia del denominado despido reglado.—Normativa legal: Artículos 76 y siguientes de la Ley de Contrato de Trabajo y 97 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral y Leyes Fundamentales.*

Corresponde ahora, y una vez esbozada la precedente teoría general sobre el despido, a tenor del sumario del tema, estudiar la regulación del Derecho positivo español. Labor que, consecuentemente, habrá de dilucidar, en primer término, cuál es la posición que nuestro ordenamiento ocupa referente a la dualidad de tesis inveteradamente existentes al respecto. Se insiste que al punto debe excluirse la extrema concerniente a la vigencia del despido “prohibido”, porque repugna los elementales atributos que su significado representa en la relación laboral, y es que, tal como se ha repetido, por muy intensa que fuese la manipulación “de lege data” con evidente despersonalización de su naturaleza, jamás sería concebible la imposición de una permanencia del contrato de trabajo en contra del deseo expreso de uno de los interesados. Por ello, valga la expresión, en la diatriba de las dos posturas antagónicas, despido libre “versus”, despido prohibido, no cabe sino, al responder la primera a su prístina esencia, sustituir la segunda por deletérea, con una suerte de “tertium genus” conformada por el despido reglado.

La legislación patria acoge el sistema del despido reglado, o supeeditado a la ocurrencia de alguno de los supuestos admitidos por la norma; esta afirmación categórica, evidencia del intervencionismo estatal en la materia, se refuerza porque no sólo se manifiesta la gravitación pública en ese estadio de sustantividad, sino que, para remachar más la necesidad de que la operatividad de la institución se canalice por vías regladas, asimismo, se la ha dotado de un acervo de preceptos que viabilizan su dinámica a través de la instancia jurisdiccional; en efecto, como se verá, existe una reglamentación “ad hoc” del proceso especial por despido, en donde se ventilarán todas las cuestiones planteadas al efecto, que también será objeto de análisis.

Consecuente con la idea básica inserta en el Fuero del Trabajo de consagrar el derecho inviolable al trabajo y la tutela del Estado para obtener su realización; el texto positivo especial, representado por el Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el texto refundido del libro I de la Ley de Contrato de Trabajo, en su capí-

tulo VII, al regular la extinción del contrato de trabajo, en sus artículos 76 y siguientes, reglamenta la institución. En su primer artículo 76 es donde "nominatium" se le menciona, expresándose: "Los contratos de trabajo terminarán por alguna de las causas siguientes: ... 8.<sup>a</sup> Despido justificado del trabajador por el empresario. 9.<sup>a</sup> Por voluntad del trabajador"; en el 77 se especifican las causas justas de despido del trabajador por el empresario en un elenco irrebasable, y, particular, con un contenido totalmente coherente con su carácter "personal" —véase, v. g., que hasta la "falta de aseo" se tipifica—; el 78 establece las causas justas para que el trabajador voluntariamente resuelva el contrato —"dé por terminado" el mismo—; el 79 confirma que ninguna otra causa no prevista anteriormente será motivo de despido, así como tampoco suspendido, según el 80, y finalmente el 81 regula las consecuencias del despido según sea o no conforme con la anterior normativa. Por su parte el Decreto 2.381/1973, de 17 de agosto, por el que se aprueba el texto articulado segundo de la Ley 24/1972, de 21 de junio, relativo al Procedimiento Laboral, en su libro II, sobre "Procesos ordinarios y especiales"; título II, "Procesos especiales"; sección 2.<sup>a</sup>, "Despidos y sanciones"; artículos 97 y siguientes, fijan los trámites procedimentales para decretar el despido, incluso, como se verá, adicionando pronunciamientos de tipo sustantivo que se corresponden con los precedentes —algunos se especifican— de la Ley de Contrato de Trabajo; por último, en su sección 3.<sup>a</sup>, artículos 107 y siguientes, se habla de los "despidos especiales".

Como toda esa normativa será objeto de un detenido estudio, procede en este momento subrayar cuanto sigue:

- Que la tesis del Derecho positivo español es la del despido reglado, o sea, el permitido sólo cuando "de lege data" así se sanciona; el empleo de "causa justa de despido" que reiteradamente se hace conduce a admitir en perfecta sinonimia al despido JUSTIFICADO como al JUSTO o al PROCEDENTE, frente al injustificado, injusto o improcedente; la fragmentación terminológica no es sino consecuencia de la vigencia de la referida tesis, porque será de una u otra clase según esté o no conforme con la "regla" jurídica instituida.
- El encaje sistemático de la figura es irreprochable al incluirlo "ad hoc" en la fase de extinción del contrato de trabajo.
- Se observa que se reserva el término despido a cuando su ejercicio se verifica a instancias del empresario, mientras que si el efecto extintivo de la relación laboral proviene del trabajador se escamotea la figura, sustituyéndosela por la voluntad de éste; de ello conviene aprovechar: que el artículo 76 L. C. T., partiendo del contenido indiscutible de voluntariedad que tiene el juego del despido en la extinción de la relación, así lo menciona cuando proviene del empresario, mientras acoge su esencia sólo volitiva cuando lo es de parte del trabajador, con

lo que, al fin, no hace sino realizar esa esencia, y es que en este cambio de palabras, que encierran igual concepto, suele acontecer que en ello gravita un fenómeno difícilmente aprehensible si no se ha contemplado en su conjunto la problemática envolvente; efectivamente, en razón al fundamento del criterio “de lege data”, que se recuerda ha de provenir de la circunstancia socio-económica del país, se entiende que, de hábito, la acción que debe controlarse es la dimanante del empresario, y así se la constriñe a que se apoye en una causa justificada, mientras que si actúa el trabajador, su libertad de acción se encuentra en la mención de su voluntad; de esa forma se tutela a la parte económicamente débil y se palian los efectos nocivos del desempleo —“ratio legis” del sistema—.

## II.—*Especial consideración del despido improcedente.—Su inclusión dentro de las categorías de despido reguladas*

¿En qué clases de despido se diversifica la tesis del despido reglado sostenida por la legislación española?

La intensa regulación del despido en el Derecho positivo español, no sólo en su aspecto sustantivo, sino en el adjetivo o procedimental, derivación inmediata del acogimiento del sistema de despido reglado, comportan el siguiente elenco de variedades en la institución:

a) Supuesto general: despido ordinario en el conflicto individual de trabajo.

Es la hipótesis recayente en la mayoría de los casos y se matiza la misma por estas dos notas individualizadoras, consecuencia de su misma generalidad: 1) Se halla regulada procesalmente bajo la rúbrica de “procesos especiales” en el citado título II de la Ley de Procedimiento Laboral, con el nombre genérico de “despido”, y por tanto afecta a la totalidad de trabajadores que por no ostentar ninguna circunstancia profesional o representativa cualificada por la ley se incluyen dentro de la normativa de citado título. 2) El hecho del despido, o la acción unilateral del empresario, proviene de la existencia de un conflicto individual en la relación de trabajo vigente, es decir, cuando el presupuesto fáctico del despido, técnicamente, la desaparición de la base representativa del contrato, afecta a uno o varios trabajadores, pero no a la totalidad de los componentes de la plantilla de la empresa que actúa como contraparte, o un grupo profesional de la misma por no ser la causa de la pugna la dación de circunstancias laborales semejantes.

En este supuesto, las clases de despido son las siguientes: a) Si el despido es *procedente* o por causas imputables al trabajador, no tendrá éste derecho a indemnización alguna, artículo 81-1.<sup>a</sup> de la Ley de Contrato de Trabajo, y 102-1.<sup>º</sup> y 103, primer inciso, de la Ley de Procedimiento Laboral; y si existen motivos justificados, pero involuntarios para el trabajador, actúa la vigencia del 81-2.<sup>a</sup> b) Si el despido es sin causa justificada, o sea, incumpliendo el artículo 77 de la Ley

de Contrato de Trabajo, se calificará el mismo de IMPROCEDENTE, con las sanciones establecidas en el 81-3.<sup>a</sup>, en relación con los artículos 102 y 103 (determinante de la opción readmisoria o indemnizatoria del artículo 104, todos de la Ley de Procedimiento Laboral). *c)* Cuando la terminación del contrato sea por causas justas del trabajador, la sanción será la del 81-4.<sup>a</sup>, en relación con el 78 de la Ley de Contrato de Trabajo, y si es por abandono del propio trabajador, su condena se recoge en el 81 repetido "in fine". *d)* Finalmente, y sin duda para preservar al propio trabajador de conductas equívocas o físicamente concluyentes y acaso inatacables por la exigente caducidad de la vía reglamentaria del artículo 82 de la Ley de Contrato de Trabajo y 92-2.<sup>o</sup> de la Ley de Procedimiento Laboral, que, a su vez, debiliten su debida defensa por inspirar indefensión, la legislación tuteladora de la rama social del Derecho recurre excepcionalmente, dada su naturaleza y realismo, al formalismo de la comunicación escrita, siempre que el empresario pretenda unilateralmente resolver el nexo laboral (con lo que, por otro lado, se procura dotar de certidumbre inicial al plazo de caducidad impuesto en los mentados artículos), como sanciona el artículo 97 de la Ley de Procedimiento Laboral, que exige la verificación de la facultad "rescisoria", en pureza técnica más próxima de la resolutoria, del artículo 76 de la Ley de Contrato de Trabajo, precisamente por escrito, de tal modo que su inexistencia —aun admitiendo dialécticamente la concurrencia de alguna de las causas indicadas en los artículos 77 y 81-3.<sup>o</sup> de la Ley de Contrato de Trabajo— atraerá "strictu sensu" la calificación de ese despido como NULO, por aplicación general del artículo 4.<sup>o</sup> del Código civil, y con los efectos particulares del artículo 102 "in fine" de la Ley de Procedimiento Laboral, y los correspondientes a tal estimación ínsitos en el "quod nullum est nunquam producit affectum", debidamente explicados por copiosa jurisprudencia; semejante requisito formal, por último, no sólo se extrae del citado artículo 97, Ley de Procedimiento Laboral, sino por exclusión, de su artículo 106, y su importancia para la litis, determinante del alcance de la oposición del demandado en su artículo 100, y ello sin perjuicio de la otra hipótesis de *nulidad* prevista en el artículo 116 y con las consecuencias del 117, ambos de la Ley de Procedimiento Laboral. *e)* Y, por último, debe hacerse alusión, aunque no en una contemplación exhaustiva, del llamado despido DISCIPLINARIO, que acaece por infracción de normas insertas en las respectivas ordenanzas, o reglamentaciones de trabajo, que asimismo determinarán la improcedencia o no del mismo, según se compruebe si, en efecto, ha existido la vulneración apuntada y siempre con respeto de la normativa contenida en la anterior clase *b*).

*b)* Supuestos especiales: Por la particular circunstancia que en ellos concurre: 1) Bien porque así se halla regulado por la ley, como ocurre en las hipótesis contempladas en la sección 3.<sup>a</sup> del citado título II de la Ley de Procedimiento, libro II, artículos 107 a 116, y que comprende: Despidos de trabajadores que ocupen cargos sindi-

cales electivos, de médicos de empresa —artículo 111—, de personal obrero al servicio de F. E. T y de las J. O. N. S. —artículo 112— y los atinentes a las crisis laborales del artículo 114. Especialidades que se canalizan por el proceso especial correspondiente de dichas normas.

2) Despidos por conflictos colectivos de trabajo: Cuando producido un conflicto colectivo, esto es, una pugna laboral que afecta a un grupo o a la totalidad de la plantilla de una o varias empresas con idénticas circunstancias laborales origen o causa de esa pugna, y en consecuencia, se convulsionan todos los contratos de trabajo existentes a la sazón, se adoptan medidas que alteren la permanencia de dichas relaciones, se atraerá la aplicación de toda una normativa especial que, básicamente, se encuentra en el Decreto 1.376/1970, de 22 de mayo, sobre regulación de conflictos colectivos de trabajo, y demás disposiciones concordantes. El cauce que habrá de seguirse para la resolución sobre los despidos derivados de estos conflictos colectivos, naturalmente, habrá de observar la ordenación especial indicada, conforme a los artículos 97-2.<sup>º</sup> y 103 L. P. L.

#### A) *Concepto y significado del despido improcedente.*

A tenor de lo indicado, el despido improcedente, fruto de la presencia del llamado sistema del despido reglado en nuestro ordenamiento, será aquel que realizado por el patrono con observancia del formalismo instrumental establecido —que lo aparte de su calificación de nulo—, no obstante, y por no fundarse, mediante la prueba correspondiente en juicio, en alguna de las causas justas marcadas por la ley, se decreta jurisdiccionalmente su inviabilidad. Como se ha expuesto, se regula en su aspecto sustantivo en los artículos 76-8<sup>º</sup>, 77 y el 81, párrafo 3.<sup>º</sup>, de la Ley de Contrato de Trabajo, y en los 101 a 105 de la Ley de Procedimiento Laboral, que luego se examinan.

Lo que interesa ahora es destacar, en punto a su concepto y significado, que el llamado despido improcedente es el efecto más inmediato de la coactividad legal, al representar la repulsa y su condena cuando se han incumplido las causas justificativas del mismo. Por ello, se dijo que también cabe denominarlo como despido injustificado, al no apoyarse en una justificación o base suficiente según la previsión normativa (ese "nomem" late en el mismo artículo 81 L. C. T.); igualmente sería más acertado calificarlo como despido **INJUSTO**, y ello sin necesidad de recurrir a la teorización de la idea de la justicia, porque en su relieve literal, la inexistencia en este despido de una de las causas "justas" señaladas, será porque su causa —que siempre existirá, al menos para el empresario— es no justa o injusta, en la misma idea que proclaman "nominatim" los artículos 1.584 y 1.586 del Código civil al hablar del despido "SIN JUSTA CAUSA", al referirse a los criados y demás trabajadores asalariados en el arrendamiento de servicios.

En definitiva, el calificativo de despido improcedente es de naturaleza instrumental y despersonalizador de la esencia del contrato —como se razonó en su visión técnico-jurídica—, efecto del inter-

vencionismo estatal en la materia, y sólo aparece cuando la libertad de acción del patrono al acordar el despido es compulsada con la balanza de la legalidad, y el resultado es condenatorio; obvio es que sin dicha legalidad el despido ni sería calibrado, ni por tanto rehusado por el órgano jurisdiccional.

**B) Su regulación legal. Clases de despido improcedente.**

La normativa legal puede sistematizarse del siguiente modo:

Concepto: Conforme al artículo 102 de la L. P. L., el despido se calificará por el Magistrado de Trabajo de improcedente en todos los casos en que no sea procedente, esto es, cuando en el juicio correspondiente no haya sido alegada la causa en que se fundamente, o cuando alegada ésta no se haya probado en forma debida, siempre y cuando la compulsa de estas causas se haga a tenor del elenco fijado en el artículo 77 de la L. C. T. Ya se verá el alcance clasificatorio de este concepto, obtenido, pues, por exclusión.

Causas determinantes: En una elemental ponderación aplicatoria de la normativa legal, el cauce por el que se alumbre la calificación del despido como improcedente será mediante la siguiente trilogía:

1) Cuando realizada por escrito la comunicación del despido al trabajador, no se indique causa alguna que lo explique. Es el supuesto que en el concepto se equipaba mediante la fórmula de "no alegación de la causa", conforme al citado artículo 102; esto es así en la estricta ponderación técnica de la hermenéutica legal, y con independencia de que priven otros criterios entendedores del tema, a veces tal vez forzados por la problemática que gravita sobre la ejecución de los despidos nulos o incluso calificándolo de nulo por literalidad rígida del artículo 97 L. P. T., que luego se comenta.

2) Cuando alegada en el despido la existencia de alguna de las causas del artículo 77 (todas, como se expresó, alusivas al contenido personal y profesional del contrato, traducción de la calidad y circunstancias del artículo 1.161 del C. c. que caracterizan a los contratos de Derecho civil generadores de obligaciones de hacer personalísimo, fuente inspiradora de la materia) de la Ley de Contrato de Trabajo, sin embargo, el patrono no la prueba en debida forma en el proceso; aquí, pues, la ley innova el principio de la carga de la prueba tradicional de "actor incumbit probatione" por el más actualizado de que, aunque el patrono actúe como demandado, será él quien peche con la carga al aspirar a una viabilidad de acción resolutoria, luego impugnada por el trabajador, que le sitúa en agente de un hecho constitutivo de su pretensión que habrá, pues, de demostrar. Este cauce también está expuesto en el mentado artículo 102 de la L. P. L.

3) Cuando el patrono en su decisión comunicada de despido aduzca otra causa distinta de las recogidas en el referido artículo 77, porque aunque la pruebe en el proceso, sin embargo al no estimarla

la ley como justa —L. P. L.— o justificada —L. C. T.— esto es determinante de la resolución del contrato, no podrá prosperar su pretensión y se calificará al despido como improcedente. De nuevo resplandece el control de legalidad impuesto al contrato de trabajo, y por ende la libertad del patrono restringida ya que cualquiera que sea la circunstancia o calidad del trabajador que determinen su decisión de resolver el nexo, y así lo exponga en los hechos de la comunicación —artículo 97 L. P. L.—, si éstos no configuran alguna de las causas del 77, serán irrelevantes para la procedencia de su deseo.

— *Consecuencias sancionadoras.*

La resolución jurisdiccional que decrete que un despido es improcedente, esto es injustificado, por no ser conforme con la ley, en principio, debería acarrear sin más la restauración, en todo caso, de la relación laboral indebidamente resuelta; esto que sucedería en línea de principios, se atenúa en la ordenación legal, según los supuestos. Sin perjuicio de luego insistir en el tema, baste ahora anticipar que acaso el no seguimiento de esas consecuencias absolutas responde a la imposibilidad de obligar rotundamente a una parte a mantener a la otra a su servicio laboral, sin duda, por el repetido contenido personal de la relación que liga a ambas. Esta idea late plásticamente en la siguiente expresión popular: “¿Cómo es posible servir —el trabajador— a quien no quiere utilizar esos servicios —patrón—?”

Las consecuencias que “de lege data” lleva consigo la calificación jurisdiccional de un despido improcedente son:

Aparte de su mención “nominativam” en la sentencia —artículo 102—, y conforme con el artículo 81, párrafo tercero —despido sin causa justificada—, de la L. C. T. el artículo 103 de la L. P. L. sanciona que se condenará a la empresa a que readmita al trabajador o le abone una indemnización cuya cuantía fijará concretamente, sin que en ningún caso pueda ser superior al importe del sueldo o jornal de un año; el repetido artículo 81 explica que la readmisión será en igual puesto e idénticas condiciones que venía desempeñando, y respecto a la indemnización, su importe se fijará por el Magistrado a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la facilidad o dificultad de encontrar otra colocación adecuada, cargas familiares, tiempo de servicio en la empresa, etc. A continuación ambos artículos regulan la conocida **OPCIÓN**, estableciéndose que será a favor del empresario cuando ocupe menos de 50 operarios fijos, y al trabajador si excediere de este número, opción concedida siempre al empresario cuando se trate de un conflicto colectivo. Asimismo en el artículo 104 de la L. P. L. se fija que se concederá al trabajador que hubiese sido despedido una indemnización complementaria equivalente al importe de los jornales que hubiera devengado durante la sustanciación del procedimiento, a partir de la fecha de la solicitud de la conciliación sindical, y, en su defecto, de la de la demanda ante la Magistratura; son los conocidos salarios de “tramitación”, cuyo límite final, de hábito, se fija hasta la firmeza de la sentencia que los imponga.

Fácil es deducir de esta normativa que la peculiaridad que matiza esa observancia rotunda de los efectos del despido improcedente, al no restaurarse **SIEMPRE EN TODO CASO** la relación laboral, al consagrarse esa **OPCIÓN**, produce un “focus” de cuestionabilidad que precisamente, por ser norte del estudio, será objeto de especial mención.

Por último, en cuanto a las clases de despido improcedente rubricadas, corresponderán a la trilogía de sus causas determinantes antes expuesta, esto es:

1) Despido improcedente por no alegación de causa alguna, entendiéndose la alegación no sólo en la comunicación por escrito, sino en el proceso. Cabe el interrogante: ¿cuál será la calificación del despido cuya comunicación por escrito no contenga los hechos que lo motivaron, a que se refiere el artículo 97 L. P. L.? ¿Será, sin más, nulo o improcedente? Por lo primero, se inclinaría una visión literalista del repetido artículo 97 que exigiera no sólo la observancia de la comunicación por escrito, sino su contenido literal de “fecha y hechos que lo motivaron”; por la segunda, la que estimara que por parca que fuera la comunicación, siempre contendría el dato relevante del despido, que “per se” es un hecho, aunque, claro es, cabe refutarla porque la ley lo que exige es hecho “motivador”, que es tanto como causa fáctica del despido, que es el efecto. Cierta doctrina, no muy reiterativa en su criterio en la actualidad, parece que debido a las dificultades de ejecutar una sentencia en la que se declare la nulidad del despido, se inclina por la improcedencia del mismo; no obstante se insiste que el respeto a la sanción propende a la literalidad, y por tanto a su inclusión dentro del despido nulo por inobservancia parcial, pero inobservancia al fin, de la disciplina apuntada.

2) Despido improcedente por no probar la causa alegada; generalmente es el supuesto ordinario.

3) Despido improcedente porque los hechos que contenga la comunicación, o alegados, no se refieran a ninguno de los incluidos en las causas justas del artículo 77 L. C. T.

Estas tres clases se estima que absorben la expresión de “en todos los demás casos” que menciona el artículo 102 L. P. L.

### C) *Conclusiones de su regulación.*

a) El despido improcedente es un despido **INJUSTO**.

A parte de ser un despido **INJUSTIFICADO**, o producido sin causa justificada, según el artículo 81 L. C. T., ya se dijo que también y esencialmente era un despido injusto.

En efecto, si la consecuencia de la tesis del despido reglado admitida por nuestro Derecho necesariamente obliga a que los interesados observen, con todo el peso de la coactividad normativa, la disciplina legal de “ius cogens” existente, cuando, pese a ello, se vulnera lo establecido, la condena no puede ser más categórica, más rotunda,

y entonces la calificación de esa repulsa se verifica merced al término “improcedente”. Aunque el asunto se adentre en derroteros didácticos, conviene puntualizar que, conforme a lo regulado, esa improcedencia, aunque denota la inviabilidad de la medida, no es calificativo consecuente con su procedente apoyatura normada; en efecto, como se ha visto, la Ley de Contrato de Trabajo, imperativamente, y tras consagrarse que el contrato se pueda extinguir conforme al número 8 de su artículo 76, a través del despido JUSTIFICADO del trabajador por el empresario, en el 77 menciona que ese despido justificado lo será cuando se funde en alguna de las causas JUSTAS de despido previstas con carácter de “*numerus clausus*”, conjugando de nuevo ambas expresiones —“justificación” y “causa justa”— en el artículo 81, párrafo tercero, al hablar del despido SIN CAUSA JUSTIFICADA; o sea, el proceso determinante de la calificación de improcedencia se obtiene porque el despido es INJUSTIFICADO, SIN CAUSA JUSTIFICADA, SIN CAUSA JUSTA; luego si la propia ley emplea en perfecta sinonimia las palabras “injustificado, o sin causa justificada”, asimismo al utilizar “sin causa justa” habilita la expresión del despido INJUSTO. De cualquier forma se estima que tanto la calificación de despido injustificado como injusto reúne mayores ingredientes de comprensión y repulsa que el, tal vez, más aséptico y propio de un mundo relativo o burócrata, de improcedente; no se ignore que el sujeto de la normativa a la sazón, por lo general miembro de una escala social muy ancha, encontraría un eco superior en las calificaciones referenciadas.

Sin abordar la temática de la injusticia, en su contrapeso al dogma teleológico del Derecho, y consecuencia con esa razonada identidad entre el despido improcedente y el INJUSTO, basta añadir que cualquiera que fuera su patología y los instrumentos para inutilizar su dinámica, siempre estará presente, como principio de obediencia elemental, que lo injusto es doblemente condenable, tanto porque se presume su contradicción con la ley existente como, sobre todo, porque de su misma concepción se deriva ya la afección perjudicial y lesiva para el destinatario o víctima de su realidad. Será inútil abundar en idea tan diáfana.

*b) Su inviabilidad “ope legis”. Normatividad de “ius cogens”.*

Dejando, en este perfil, el resultado de condena antes razonado, a través de las resonancias inveteradas de lo injusto, y el ínsito en la propia definición de improcedencia, en un sencillo contraste de la normativa originadora de esa calificación se deriva la inviabilidad pregonada:

- El artículo 76 L. C. T. fija expresa y terminantemente cuándo terminará el contrato de trabajo, estableciendo en su supuesto 8.<sup>º</sup> por despido justificado del trabajador. ¿Cuándo ocurre este despido justificado? Unicamente:
- Cuando a tenor de su artículo 77 acaece alguna de sus diez causas justas expresadas.
- Es más, en el 79, aunque no había precisión de agregarlo, se

contemplan otras hipótesis que sin perjuicio de su afección laboral no comportarán ninguna otra causa justa adicional a las expuestas; con ello se refuerza la clasificación estricta.

- La Ley de Procedimiento Laboral, consecuente con esa ordenación sustantiva, en su artículo 102 proclama que si el patrón ha infringido el precedente sistema, ocasionando, pues, un despido “contra legem”, se enjuiciará su conducta como improcedente, señalándose en el 103, primer inciso, como sanción principal a que READMITA AL TRABAJADOR, y en aplicación de un sencillo resorte de equidad, el 104 ordena que además se le concedan los salarios dejados de percibir por la ejecución “ipso facto” de ese despido condenable, resarcíéndose así “in integrum” no sólo en calidad, sino en cantidad, al trabajador a su situación originaria.

Hasta ahí todo es perfectamente coherente, pues el aparato legal acoplado a la acción empresarial deletérea extirpa cualquier asomo de incidencia, devolviendo la realidad desobediente a la fidelidad anterior. La inviabilidad de ese despido no permite resquicio alguno de permanencia. El respeto, de consiguiente, a la sanción de la norma imperativa es total, porque, vulnerada ésta, gravita sobre el infractor todo el cúmulo coercitivo de coaccionabilidad. Sin embargo, como se verá, lo que es indiscutible no sólo en línea de principio, sino en la justicia instituida en la práctica, no encuentra idéntica plasmación absoluta, no es posible el seguimiento total de sus consecuencias. Pero lo peculiar es que el propio legislador, acaso previendo las dificultades fácticas que se oponen a la vigencia de ese peso de coactividad, instaura una extraña figura que anticipadamente viene como a justificar el desvío denunciado. Objeto inmediato de estudio será el enfrentamiento concitadas previsión y su eventual fundamento, que, en puridad, no sirven para ocultar una verdad mayúscula: la elusión de la inviabilidad del despido improcedente, a pesar de su doble repulsa legal y jurisdiccional.

c) “*Contradictio in terminis*” de la opción legalmente establecida. Estudio técnico-jurídico. Su naturaleza y atribución del derecho de elección: información civilística.

Ante un esquema tan apretado y sólido que “de lega data”, como se ha visto, envuelve al despido improcedente, inutilizando su operatividad y remitiendo lo acaecido a su precedente realidad, es decir, decretándose que la extinción de la relación laboral —hecho infractor de la norma y condenado en la sentencia— no puede prosperar, y por tanto, imponiéndose la reinstauración de esa relación resuelta por el despido deletéreo, sin embargo, en el mismo campo reglamentador, a continuación se vislumbra y escribe que ello no siempre es tan así: ¿qué ha sucedido, pues, para que se desvirtúe esa diáfana sancionabilidad?, o en otras palabras, ¿cómo la imperatividad del “ius cogens” se escamotea, a la postre? La significación ontológica de lo sucedido se analizará seguidamente, importando ahora subrayar que inmedia-

tamente después de la referida normatividad el legislador adiciona una figura desconcertante, al menos, en su contemplativa técnica. En efecto, el mismo artículo 81-3.<sup>º</sup> y el respectivo 103 de la L. P. L. conforman la discutible opción, condicionante de la ejecución "in natura" de lo jurisdiccionalmente resuelto, o sea, del respeto, sin rodeos, de la legalidad instituida. A esta opción se la ha rubricado como alusiva de una suerte de "contradiccio in terminis", con la normativa precedente, y se reconoce que, tal vez, el adjetivo no sea ni acertado ni suficientemente expresivo; porque siendo, por función, por su peso excepcionante y, en resumen, por su mecanismo escamoteador de la finalidad de la ley, una figura tan aberrante, hubiera sido más ajustado elevar su terminología de repulsa. Como se sabe, a través de esa opción se permite que, tras la calificación del juicio de condena por despido improcedente, el trabajador elija entre reintegrarse a su anterior puesto de trabajo o percibir la indemnización que se le fije; hasta ahí, pues, citada opción no es censurable, porque en el elemental juego del disfrute de los derechos reconocidos jurisdiccionalmente siempre es pensable y ortodoxo que el titular de los mismos, a su arbitrio, acepte un derecho u otro de los declarados; de consiguiente, siendo el trabajador el favorecido por la sentencia de despido improcedente, se le permite que a su interés y elección pueda o reintegrarse a su ocupación laboral —reenvío a la relación laboral y observancia fidedigna de la legalidad— o acepte la indemnización señalada en la sentencia —disfrute de un "quantum" por conveniencia—; como se dice, la ortodoxia de esta opción hasta el momento es completa, porque la misma, por naturaleza, comporta dentro del seno de las obligaciones ALTERNATIVAS en las que el acreedor es el propio trabajador, un derecho de elección que aunque generado jurisdiccionalmente, no obstante no innova el mecanismo de esa alternatividad; si además se añade la proyección en lo atinente de la renuncia de los derechos, reflejada en el artículo 6 número 2 del vigente Título Preliminar del Código civil, es claro que el titular o trabajador puede abdicar el derecho a su permanencia laboral y elegir, en cambio, la indemnización compensatoria, especie de "subrogatio in re".

La sorprendente —se insiste, técnicamente juzgando— configuración de esa opción surge cuando su adscripción subjetiva, o en instrumento civilístico, la atribución del correspondiente derecho de elección de la pertinente obligación creada jurisdiccionalmente en forma alternativa a base de dos posibilidades de prestación: o readmisión o indemnización, se subordina al número de operarios fijos que trabajen en la empresa, transgresora de la legalidad o causante de ese despido improcedente; efectivamente sendos artículos 81 y 103, afirman que elegirá el trabajador cuando la empresa ocupe 50 o MÁS operarios fijos y el empresario cuando ocupe MENOS de 50 operarios fijos. Obsérvese, pues, cómo de un factor inexpressivo por su enteoco relieve numérico se hace depender la asignación del derecho de elección a uno o a otro de los intervenientes en la relación.

Como esta subordinación, en la puridad técnica del juego de las instituciones, no tiene la más mínima apoyatura, se reserva su lugar

para justificarla en otro campo; aunque bien es cierto que dicha insostenibilidad procede de la repetida configuración “ope sententiae” de una obligación alternativa a favor del trabajador, por haberse condenado el despido y por tanto reconocérsele como titular de un derecho indiscutible a su ocupación laboral; bajo esta idea, es cuando se carece de imaginación para mentalizar la opción patronal, que nunca puede cobijarse en el juego supletorio del artículo 1.132 del C. c., pues la expresividad excepcionante que encierra y que opera a tenor del 1.136 es la cabalmente aplicable por la propia índole y significado de dicha obligación jurisdiccional; efecto para el patrono de la condena en la sentencia. La incidencia de ese artículo 1.136 informa el cúmulo de trámites de los artículos 208 y siguientes de la L. P. L. El reencuentro que ulteriormente se logre para justificar esta opción patronal con el personalismo del contrato, no debe desdecir esta repulsa técnica, porque el mismo se obtiene en el afán de hallar razones prácticas explicativas de la figura.

La confrontación con el sistema instituido de la opción reseñada igualmente arroja un lastre expresivo de incongruencia. Veámoslo:

### 1) *Por desvío a la coherencia reglamentadora.*

Al principio se dijo, al examinar los sistemas sobre despido, que si un ordenamiento se acoge, por su idiosincrasia comunitaria o estructuras socio-económicas, al de tipo reglado, desconocedor, pues, de la libertad de acción resolutoria en el contrato, el respeto a su propia ordenación conlleva al mantenimiento de sus dictados hasta sus últimas consecuencias; o sea, si se pronuncia porque un despido es **INJUSTO** o improcedente, al vulnerar la conducta empresarial el aparato de “ius cogens” impuesto, tras la declaración jurisdiccional correspondiente, ha de deshacerse lo mal hecho, y reinstaurar la situación precedente; es decir, condenada la extinción de la relación laboral, la renovación de la misma, sin solución de continuidad, se producirá “*ipso facto*”. Esta doctrina queda maltrecha mediante el juego irregular de la opción empresarial.

El fenómeno descrito configura lo que se denomina un craso desvío a la coherencia reglamentadora, por no calificar, en su hipótesis límite y técnicamente aberrante de la opción empresarial, como contradicción de todo el haz normativo incidente sobre el despido improcedente. Hablando en términos de política legislativa en su perfil relativo a la lógica sancionadora, el defecto es mayúsculo: si, en efecto, se ha ordenado previamente y con todo su rigor un conjunto de disposiciones que consagran la inviabilidad “ope legis” de ese despido, tanto por la prohibición del despido libre o general, como por la inadmisibilidad de causas distintas a las pronunciadas taxativamente, fundamento jurídico de la sentencia declarativa del despido improcedente, acaso hubiera sido más aséptico o razonable que el legislador hubiera recurrido a la vía excepcional para justificar la regla antedicha; pero no, ese no ha sido el camino elegido y ahí radica la acusación o la torpeza, desde este prisma hermenéutico; sin

reflexionar la magnitud del abismo acontecido, sin meditar la incoherencia inferida, no duda en proclamar, a renglón seguido de aquella rotunda reglamentación acerca de la improcedencia, que basta el acaecimiento del módulo numérico de los 50 operarios fijos para, asimismo con alcance general, conferir la opción empresarial, que convulsiona todo el sistema instituido. El jurista, acostumbrado a calibrar en su tarea interpretativa los resultados a que conduce la aplicación de las normas, y siempre celoso en detectar cualquier defecto padecido, incluso de mero relieve de la redacción, no encuentra explicación formal a esta misma literalidad sancionadora. Bien es cierto, y se insiste hasta la saciedad, que ello acontece potenciando exclusivamente la ordenación bajo el contraste formal, y con independencia de que, como se verá, también ese jurista intente, al menos, indagar cuál haya sido la razón última que movió al legislador patrio para conformar en esos términos de figura de la opción. Mas el rodeo no elimina ese síndrome de incoherencia denunciado.

2) *Por conducir a la extinción de la relación laboral expresamente prohibida.*

La opción concedida a favor del empresario condenado por despido improcedente, que ocupe a menos de 50 operarios fijos, a tenor de los artículos 81 L. C. T. y 103 L. P. L., le reporta, de modo directo, la posibilidad de extinguir la relación laboral, mediante el ejercicio de su derecho de elección, seleccionando de las posibilidades de prestación contenidas en la sentencia la atinente a la indemnización; con ello, pues, a través de un "quantum" compensatorio se viabiliza la resolución del contrato. Afirmar, entonces, que la opción facilita o permite una extinción contractual, a pesar de que la ley imperativamente lo prohíbe, parece inicialmente extraño e incomprensible. ¿Cómo es posible semejante afirmación? Su razonamiento es claro:

- Calificado el despido de improcedente, cuando el trabajador desempeña sus servicios en empresa que ocupa a menos de 50 operarios fijos, en base a la reglamentación existente —con lo que se extirpa el amago de extinción de la relación, prohibida asimismo por la ley—, se pronuncia una resolución que contiene o la admisión —en coherencia a lo dispuesto— o la indemnización, y por el número de operarios la elección correspondiente se atribuye al patrono.

Este, haciendo uso de la opción, elige la indemnización, que satisface al operario, y extingue "ipso facto" la relación laboral. Véase, pues, cómo con este rodeo, y pese a la carga económica de la indemnización, a la postre el patrono consigue la extinción de un contrato, sin perjuicio de su prohibición legal.

3) *Por consentir con ello un fraude empresarial: el despido preconstituido.*

Es otro de los resultados que, lamentablemente, arroja la opción empresarial. Realmente haciendo uso de esta opción el patrono goza

de una especie de “patente de corso” que le inmuniza del peso del sistema del despido reglado. Si en principio el ordenamiento en cuestión en virtud de un sinfín de razones se pronunció por este sistema, y consecuencia del mismo es la realidad jurisdiccional del despido improcedente, que gravitando sobre el contenido jurídico del contrato, sustraerían a éste o al contratante, en su caso, de la libertad arbitratora de su permanencia, acaece que con la figura contemplada se escamotea ese control público, se supera el gravamen de su observancia. Podría afirmarse que mediante esta opción se incide en el campo admisorio del despido libre. La diferencia, pues, en la praxis de un sistema y otro, conforme a nuestro Ordenamiento y en la hipótesis opcional del empresario, no reside sino en la insignificante diferencia que los resultados del despido libre, condenados formalmente, se obtienen “a posteriori” a través del trámite procesal, incluso con todo el ropaje de un pronunciamiento jurisdiccional, y con la única carga de una, por lo general, módica indemnización. Especulando, de consiguiente, sobre esta cierta posibilidad, el empresario bien seguro está de que el aparato legal que en teoría le constriñe a mantener una plantilla, a continuar los servicios de un trabajador, en el instante en que le plazca, puede apartar semejante imperatividad. Entonces el fraude denunciado y la aparición del despido “preconstituido” surgen con evidencia. La conducta fraudulenta, porque al soporte de la opción antedicha, la empresa, recurriendo al artificio de una supuesta o imaginaria deficiencia del trabajador, que sirva, al menos para llenar el contenido de la comunicación por escrito que menciona el artículo 97 de la L. P. L. y apartar con ello la condena de nulidad —siempre más peligrosa, en apariencia—, y proceder al despido del mismo, provocar el litigio, y acogerse en su segura condena, a la opción selectiva. Y es significativo, sobre todo, porque no ocurre de hábito en los demás campos de accesibilidad judicial, que en el laboral, una persona física o jurídica provoque un litigio para beneficiarse de los efectos de una sentencia condenatoria, que es lo que, en definitiva, estructura “in mente” y origina ese empresario. Los hechos así conformados e inexactos —la conducta imaginaria del trabajador— arropados en la comunicación por escrito, para con ello, eludir la prohibición de una ley, y obtener merced al artificio, el efecto querido y no tolerado, caracterizan en modo el fraude montado. Además, desde otro plano, esos mismos hechos y proceso, esa reflexividad de conducta para atraer los efectos de una condena, en tanto en cuanto son conscientes y previamente configurados con la finalidad resolutoria, conducen igualmente a entender el juego del despido “preconstituido”, es decir, aquel cuyo contenido circunstancial o fáctico se elabora previamente para alcanzar “a posteriori” su declaración jurisdiccional.

*d) Patología de la ejecución de las sentencias de despido improcedente.—Su justificación por el juego conjunto de los artículos 1.098 del Código civil y 923 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

Los trámites para ejecutar el fallo de estas resoluciones se encuentran en los artículos 105 y 208 a 214 de la Ley de Procedimiento,

cuya normativa, en particular la contenida en los artículos 211 y 212, ofrece una reglamentación, técnicamente, de aparente desconcierto. En dichos preceptos se encauzan los trámites que han de seguirse cuando se ha optado por el reingreso al trabajo por parte del trabajador, porque si se eligió la vía indemnizatoria basta la incomparecencia señalada en el 105 para entenderla. Naturalmente que el asunto adquiere tonos problemáticos en su única hipótesis controvertida, es decir, cuando, en su caso, se concedió la opción a favor del trabajador, porque si lo fue para el empresario, acreditando éste el abono indemnizatorio no queda resquicio alguno para generar la fricción. Y también por este otro camino se enfrenta el jurista con una sensación de desamparo para el trabajador, porque, si se resiste el patrono al reingreso laboral, no cabe coacción legal al respecto. Los trámites, en síntesis, y tras la comparecencia del 105, optando por la readmisión —huelga elucubrar que sea hecha por el empresario por insólita, al presuponer la negativa del operario que precisamente litigó para conseguirla—, discurren por el traslado de ello a la contraparte —208—, comparecencia ante la Magistratura en la que exponga que no se ha producido la readmisión —209—, citación de ésta a las partes —210— y, finalmente, en el 211, se ventilará la misma en torno a la inadmisión o irregularidades de la misma, para que a tenor del 212, y si, en su caso se acreditaron esas circunstancias, el Magistrado “acuerde abonar al trabajador una indemnización entre no menos del sueldo de seis meses y no superior al de cuatro años, con el límite de que no sea inferior a la señalada en la sentencia por despido y teniendo en cuenta para fijar su cuantía la antigüedad, cargas familiares y las facilidades o no para encontrar otro puesto de trabajo”.

La patología denunciada de este procedimiento de ejecución de las sentencias que declaran un despido improcedente, con derecho de opción a favor del demandante despedido, se observa porque tras agotar la tramitación correspondiente, al final, la propia ley en el artículo 212, y a pesar de que el Magistrado estime que no se ha acatado su resolución, esto es, que el patrono no ha readmitido al obrero, no puede coaccionar al cumplimiento “in natura” de su fallo y conforme a la norma aplicada, únicamente acordará otra indemnización compensatoria a favor del despedido. De nuevo, pues, como ocurría en la opción empresarial, se llega a igual resultado postrero, aunque aquí el camino haya sido más largo; otra vez, la indemnización es el exclusivo peso de la ley y de la sentencia de condena que el patrono infractor de la legalidad instituida tiene que soportar; de consiguiente, en su ánimo le consta anticipadamente que merced a una entrega dineraria al trabajador despedido éste desaparece de su actividad empresarial. Y, otra vez más, se llega a la extinción de la relación laboral a través de un cauce deletéreo y expresamente prohibido en su fundamento esencial normativo. Huelga afirmar que lo antedicho en torno a la especie de fraude y conformación de un despido preconstituido inmerso en la conducta del patrono, preparada al efecto, asimismo aparecen. La única diferencia que existe en los respectivos procesos desencadenantes de esta finalidad elusiva de la “ratio legis”

originaria en la ordenación del despido, aparte de que en la ejecución de las sentencias será la accesibilidad judicial duplicada, radica en el “quantum” indemnizatorio, especie de “subrogatio in re” que reemplaza, como se ha dicho, al cumplimiento “in natura” de la sentencia; en efecto, mientras que en el primer proceso en el que se confería la opción al empresario, la indemnización alternativa se fijaba con el único límite superior de que no exceda del importe de un año de sueldo o jornal —artículos 103 L. P. L. y 81 L. C. T.—, cuando el proceso se inició por despido también improcedente y la opción se confirió al trabajador, y pese a ello el patrono no lo readmite, tras los trámites señalados de ejecución, la indemnización se fijará entre el importe del sueldo o jornal de seis meses sin que rebase el correspondiente a los cuatro años; la mayor envergadura económica de éste, tal vez, responde a la superior gravedad de la actitud reiterativa del patrono condenado, que desoye lo jurisdiccionalmente impuesto, y a ello tiende la advertencia final del 212-1.<sup>º</sup> de que su indemnización en ningún caso pueda ser menor que el importe de la fijada en la sentencia que puso fin al juicio de despido.

La posible justificación de este reconocimiento de la propia ley de innovar la ejecución en la sentencia de despido, mediante la fórmula de una compensación indemnizatoria, no tiene otro fundamento que el derivado de la propia naturaleza del contrato de trabajo. En la primera parte se expuso que éste, por esencia, era de naturaleza personal, con un ingrediente alusivo a las circunstancias y calidad de los intervinientes, propio de los que en el Derecho civil generan las obligaciones de hacer personalísimo del que, se repitió el artículo 1.161, era un ejemplo paradigmático. Pues bien, ahí está la explicación irrefutable de la patología formalmente acusada en la ejecución de las sentencias de despido improcedente, porque, al igual que en el Derecho común no cabe recurrir a la coacción máxima cuando el obligado a hacer una cosa lo incumple, pues entonces se anularía por completo su libertad —emergencia sólo posible en el Derecho penal—, y de consiguiente el propio Código sustantivo sustituye ese incumplimiento por la vía indemnizatoria conforme al artículo 1.098 del C. c., en relación con los trámites específicos al efecto contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 923, 924 y 925, tampoco y en mejor modo, existen medios habilitantes de una constricción absoluta en los contratos de naturaleza personal como en el laboral para obligar a mantener una relación en contra de la voluntad de los interesados. Acaso sea ésta la quiebra más rotunda que siempre tienen que padecer los sistemas que, como se razonó, desconociendo —aunque por motivaciones ajustadas sólo a otros módulos valorativos— el personalismo del contrato de trabajo, interfieren el juego de su operatividad y controlan una de sus fases, la de la extinción mediante la tesis del despido reglado. La última y decisiva inutilidad de sus dictados, la propia confesión de que no pueden, por fuerte que sea la imperatividad de sus normas, imponer el mandamiento de una relación laboral consecuente con la declaración de un despido improcedente, la impotencia, en fin, en que se encuentran al consen-

tir que a pesar de estar prohibida la extinción del contrato y condenada la resolución unilateral del mismo, el patrono, merced a un simple gravamen económico, obtendrá un resultado idéntico al derivado del sistema del despido libre, es, como se ha dicho, el tributo más penoso para los régimenes respectivos; pero en otro campo, es el triunfo de la verdad técnica de la institución: su indiscutible naturaleza personal, y su inmarcesible progenie civilística.

D) *Situación “de lege data”: Inutilidad específica de la declaración judicial de despido improcedente y orfandad laboral del trabajador.*

Efectivamente a la calificación epigrafiada conducen los resultados obtenidos de la normativa vigente a la sazón sobre el despido improcedente. Y esa fenomenología acaece siempre en todos los casos, cualquiera que sea la índole de la realidad conflictiva, o circunstancias de plantilla de la empresa, único distingo tenido en cuenta para arbitrar una u otra opción; con la salvedad, claro está, de la hipótesis del artículo 213 de la L. P. L.

Así, según los supuestos, puede ocurrir:

- Empresa demandada por despido improcedente con menos de 50 operarios fijos: La sentencia que así califique el despido, concederá la opción al patrono, y, por tanto, éste, mediante la indemnización no superior al importe del jornal de un año, extinguirá la relación laboral. Aflora, pues, a la realidad, un trabajador en paro.
- Empresa demandada por despido improcedente con 50 o más operarios fijos: La sentencia que así califique al despido, concederá la opción al trabajador, quien eligiendo el reingreso y ante la negativa, en su caso, del patrono, tras agotar los trámites de ejecución de la sentencia, obtendrá una indemnización entre el importe de medio a cuatro años de su sueldo o jornal, extinguiéndose asimismo la relación laboral. De nuevo, surge a la realidad, un trabajador en paro.

Como no hay otros casos planteables, es evidente, que si la ordenación del despido improcedente, efecto del sistema reglado, contrario al libre, persigue prohibir otras extinciones del contrato que las señaladas y cuando lo sea por voluntad del empresario siempre que existan las justas causas establecidas, al producirse por el cauce de compensación económica ese resultado prohibido consiguiendo el patrono la extinción “a priori” estigmatizada, la superfluidad de aquella ordenación es elocuente. Su inutilidad, esto es, no servir para el fin que se dictó, precisamente, de mantener fija la relación laboral, no se empaña con la presencia de ese factor compensatorio de tipo dinero, que sólo, a lo sumo, reduce la envergadura padecida por la verdadera víctima del sistema: el propio trabajador.

Su orfandad, al punto (al asumir el papel de destinatario de una reglamentación que pese a su deseo sincero de protegerle, en cohe-

rencia con la filosofía tuitiva de la disciplina, no lo consigue), es meridiana, porque, sin ambages, la única política radicalmente intervencionista y firmemente garante de los derechos del trabajador, será aquella que afiance la permanencia de su posición laboral, o, cuando menos, le otorgue, en su caso, otras ventajas económicas capaces de sustituir con decoro los efectos de su desempleo.

Ahora bien, como en el asunto se complican realidades muy compactas, que acerca de su incidencia en nuestro Derecho positivo, reugnan cualquier postura extrema de las dos imaginables (esto es, por un lado, eliminar el sistema instituido del despido reglado, porque, aunque conforme con la naturaleza del contrato, no responde a la complejidad socio-económica del país; y por otro, la plasmación de un intervencionismo a ultranza que extirpe "in radice" las formalmente anómalas opción y trámites de ejecución de las sentencias, porque aunque con ello se garanticen en modo los derechos del trabajador a su estabilidad ocupacional, sin embargo se contradice el espíritu personalista del propio contrato) no resta otra disyuntiva que, tras la exposición precedente, encontrar posibles fórmulas correctoras que amortigüen los eventuales quebrantos que suelen acontecer con la vigencia instituida al efecto. Esta idea, que ilumina el norte del estudio, se expondrá en su etapa final. Pero adviértase que en la opinión personal, no se critica por costumbre al ordenamiento, sino que se aspira en su análisis, no sólo a justificarlo —aunque se recurra, para ello, a plataformas distantes de la jurídica en puridad—, sino a procurar integrarlo o perfeccionarlo.

*E) Particular tratamiento de la opción concedida al empresario: Derecho de elección en obligación alternativa "ope sententiae".*

Se ha visto que es la que arroja el índice de cuestionabilidad, en cuanto reporta con su mecanismo un efecto coadyuvante del desempleo, de la orfandad laboral, de la elusión del principio de estabilidad en el trabajo: el trabajador despedido, aunque se califique de improcedente al despido por el órgano jurisdiccional, se encuentra lanzado de su actividad profesional, con la mera percepción de una indemnización. Y aunque la opción a favor del trabajador, también al final, no impide la resolución del contrato, no obstante, como ya se ha explicado su posible "justificación", y, además, porque responde su atribución a la congruencia con el derecho reconocido en la sentencia, parece que, en principio, no adolece de tanta inconsistencia como la patronal; por otro lado, la misma elevación de la suma indemnizatoria, en su caso, fruto de la mayor repulsa de la ley para el patrono reincidente, puede servir como otro elemento más para justificarla, en cuanto de ese modo, se atenúan las afecciones de su destinatario.

Visto en su lugar su formato técnico-jurídico, como figura ubicada en el seno de las obligaciones alternativas "ope sententiae", y cuyo efecto, el derecho de elección pertinente selecciona —a tenor de la tesis del profesor Hernández Gil— una de las dos posibilidades de prestación —o readmisión o indemnización— a favor del acreedor o

trabajador y a cargo del deudor o patrono, procede, ahora, un tratamiento de la misma más acorde con la metodología *sociológica*, que tanto repercute en la ordenación positiva de los expedientes jurídicos.

a) Su posible justificación: Reencuentro con el personalismo del contrato de trabajo.

La censura que se ha vertido sobre la opción empresarial, acaso, muy resaltada o, tal vez, con algún sesgo de apasionamiento, se ha procurado —y así se ha repetido incansablemente— verificarla desde una plataforma eminentemente de juridicidad, en donde el formalismo de la técnica conforma la necesidad de encontrar la coherencia ordenadora, de tal suerte que si ésta no está presente el juicio de repulsa es ineludible. Así fue, pues, como se subrayó su patología: porque si radicalmente se prohíbe el sistema del despido libre, como hace la ley, y se condena al despido improcedente, la lógica de sus consecuencias debe inviabilizar que en la praxis, cualquiera que sea el procedimiento estructurado, se logre ese resultado deletéreo. Pero el jurista, en su afán por buscar la apoyatura última que el legislador tuvo en cuenta para reglamentar con esa quiebra la regulación del despido, para, en definitiva, explicarse por qué se dio entrada a la discutida opción empresarial, debe examinar todo el haz de implicaciones fácticas que, efectivamente, motivaron semejante regulación.

Y al punto, también es posible sondear esa justificación, que, por tanto, elimina la intensidad de la censura detallada, y de consiguiente, fundamentar el criterio “de lege data” instituido. El itinerario que al efecto se atraviesa, reconduce inexorablemente al reencuentro con el conocido personalismo del contrato de trabajo, con lo que de esta forma adquiere cierto dogmatismo y por ende se amiga con la prístina esencia civilística de sus figuras contractuales correspondientes. Porque la idea que late en la conformación de la opción empresarial sirve de instrumento para, en su caso, evitar una imposición coactiva de la permanencia de la relación en contra de la voluntad del demandado, que siempre despersonalizaría su naturaleza, intercalándose, en cambio, un gravamen económico compensatorio para el despido, que asimismo libera al patrono de mantenerlo a su servicio. Sopesada, pues, la opción para el empresario, le devuelve, por así decir, la libertad consustancial con su posición contractual, cercenada por el intervencionismo estatal, aunque, de rechazo, someta al trabajador a la situación deficitaria esbozada. Se apuntó que el carácter personalista de la relación se formaba de la conjunción de un sinnúmero de circunstancias y calidad en cada uno de los contratantes, que actuaban como tronco representativo condicionante de su predisposición negociadora, y también, que su mantenimiento o no ocasionaba la oportuna vicisitud en la relación. Y será ese cúmulo de circunstancias o calidad de las partes, contenido expresivo de la naturaleza personal, las que se potencien para equipar la teoría justificativa de la opción.

### 1) *Razones laborales: De armonía profesional y ambiental.*

El hecho que siempre ha de mentalizarse, porque es el que el legislador utiliza para acoplar su criterio diferenciador atributivo de la opción, es la realidad de que la empresa demandada por despido improcedente cuente con una plantilla de obreros fijos en número inferior a 50. O sea, esta *circunstancia* de la empresa —indicativa del personalismo contractual— nunca puede desconocerse a la hora de meditar sobre la justificación de la figura, y sería bien superfluo un proyecto encaminado a discutir la idoneidad de ese número, porque, aparte de la dificultad de encerrar un presupuesto fáctico relevante para el Derecho en la exactitud matemática, es suficiente no sólo con que el legislador así lo refleje, sino porque en ello, al parecer, se encuentra un instrumento individualizador de lo que se denomina el término medio de una empresa, potenciada económicamente.

A la vista de esta realidad empresarial, especulando sobre la vivencia acontecida en los hechos desencadenantes del despido improcedente, no sería aventurado ni tampoco fantasioso pensar que, en su caso, la medida unilateral del empresario respondería a motivo de directa afección en el funcionamiento laboral de su actividad. Es imaginable que el trabajador en cuestión, aunque regularmente desarrolle su conducta, causa de que luego jurisdiccionalmente su despido se declare improcedente por no subsumirse aquélla en ninguna de las justas causas del artículo 77 L. C. T., no obstante, por la “personal” manera de realizar su servicio, o, incluso, porque, aunque lo desempeñe con laboriosidad, no sea capaz de mantener el ritmo impuesto o conseguido por el resto de la plantilla, o porque, también, no se ajuste a unas instrucciones precisas y peculiares que por la “personalidad” particular del empresario y lo reducido de sus subordinados éste haya establecido, y, porque, en definitiva, no se acomapse o compenetre con el ambiente de trabajo existente, rompa, en fin, el concierto de armonía o de productividad conseguido y por tanto perjudique el proceso de consecución del producto a que aspira cualquier empresa. Se dirá que el relato peca de sutil o que realza síntomas de difícil comprobación, debiendo argüir al punto que, en la mediana empresa contemplada, es verosímil que se detecten incidencias como las apuntadas, y que, en todo caso, en el sentir o interés del empresario, exista el convencimiento de que un determinado trabajador no dispone de las suficientes cualidades laborales para incrustarse en su organización servicial. Y claro que es sutil o hasta débil la descripción de hechos, pues, precisamente por ello, no se tipifican como causa justa de despido; pero lo relevante al punto es que en una circunstancia particular como la descrita, tales síntomas pueden explicar “in pectore” la decisión resolutoria del empresario. Entonces la opción “a posteriori” atribuida le libera de quien estimó como inidóneo para la prestación de sus servicios. Desaparecida la calidad precontractual, se restaura con la extinción del contrato su naturaleza personal.

## 2) Razones personales: Recelos o aversiones.

Otro instrumento explicatorio, de innegable base personalista. En una empresa con plantilla inferior a 50 trabajadores, es claro suponer que el contacto estrecho entre patrono y obreros es constante y significativo. Cabe decir que a su socaire se alberga un mundo de convivencia, en el que, como en todo lo humano, se generan incesantemente lazos de afecto, simpatía o comprensión entre todos los intervinientes; en sentido negativo, asimismo la compacta unión de sus miembros provoca a veces negativos nexos de enemistad, recelos o aversiones. Fenómenos todos que no pueden minimizarse por el mero dato de que lo importante es la potenciación de la actividad laboral, y que todo lo demás es “res inter alios facta”, pues las características reducidas empresariales imposibilitan la sustracción de semejantes manifestaciones anímicas. Pues bien, admitiendo, como es elemental, que con un ambiente de permanente tensión, en donde, al margen del nivel de compañerismo con los demás, si el choque se produce entre el patrono y el trabajador de que se trate, el detrimento del rendimiento de éste será evidente, ha de reconocerse, asimismo, que aunque su profesionalidad no se menoscabe, su estancia laboral no pueda ser lo pacífica y neutral que sería deseable. Si semejante fenómeno de antipatía o falta de compenetración pueden, a veces, justificar la decisión del empresario de apartar al obrero de su empresa mediante un despido improcedente, valórese lo que supondría la vuelta al trabajo de éste con el conocimiento claro para él de que el patrono lo ha expulsado por entenderlo “indeseable”, y para éste al tener que acatar el insufrible peso de su readmisión. La intensidad de los instintos señalados, ahora ya de cariz revulsivo, complicarían la circunstancia ambiental de la empresa en perjuicio de su propia actividad. Entonces se dice que con la opción señalada se consigue eliminar a quien “se piensa” que no es operario adecuado. Desaparecida la calidad precontractual, se restaura, con la extinción del contrato a través de la opción, su naturaleza personal.

## 3) Razones económicas.

En la mediana empresa impulsada suelen repercutir más intensamente que en las de superior envergadura inflexiones en su cobertura financiera. Es posible, por tanto, que se innoven sus “circunstancias” económicas, pues cualquier quebranto o descubierto, cualquier operación fallida o hecho imprevisible, condicionan su estabilidad y capacidad económica. Ante fenómenos semejantes, la reducción de gastos funcionará como efecto resultante o consecuente. Bajo esa hipótesis es imaginable que el empresario, debilitada su situación económica, se plantee la procedencia de reducir su plantilla, y en consecuencia verificar algún despido. Si se admite la gravedad de esa situación, si se participa de que la solución inmediata es la reducción, hay que reconocer asimismo la justificación “personal” del despido cometido. Que su base es legalmente inconsistente, cierto, y por ello se pronun-

cia un fallo de despido improcedente, pero lo relevante es que con la opción pertinente obtenida aquel resultado liberatorio de cargas se consigue. La opción, pues, sirve de soporte o ayuda para el saneamiento de la empresa, aunque no se ignore su funcionalismo escamoteador; en efecto, no se oculta que por un hecho ajeno por completo al trabajador, éste es víctima de un despido improcedente, y, además, que con el aparato legal no sólo se elude la prohibición del despido, sino que se apoya al empresario y se consigue así otro fin no querido o previsto por la ley.

El valor contenido en la problemática descrita se deriva de la superior incidencia de la contingencia económica en la estabilidad empresarial; al concederse la opción, parece como si el legislador hubiera querido coadyuvar a la permanencia de estas empresas en la hipótesis de experimentar tales crisis, pues se ha dicho que en la inicial solución reductora de sus gastos, la liberación de cargas salariales es de inmediata conquista.

La nota de personalidad adjetivada, aunque no se brinda con igual claridad que en las razones anteriores, tampoco está oculta; esa modificación de la situación financiera de la empresa afecta en modo a una de sus "circunstancias" más sintomáticas, porque, en grafismo, no hay empresa sin sostén económico; luego transformada o desaparecida esa "circunstancia" precontractual, se restaura, con la extinción del contrato a través de la opción, su naturaleza personal.

#### *b) Su incidencia en el trabajador.*

Con independencia de la repulsa dogmática de la opción empresarial, se ha expuesto, en su tratamiento sociológico (es decir, su contemplativa desde otras plataformas distintas a la jurídica, pero concomitantes en la fenomenología laboral) su aspecto positivo o justificativo, en cuanto se han resaltado una serie de razones tenidas en cuenta por el legislador para arbitrarla. En esta ocasión conviene analizar la otra cara del problema, el trabajador, que protagoniza una posición marcada por el sentido opcional. Y aunque, al efecto, se han vertido en la censura formalista anterior algunas ideas precursoras de esta incidencia, de nuevo se elaboran, pero ya en un relato totalmente circunstancial tal y como se observa se encuentran en el mundo del trabajador.

#### *1) Desamparo e inestabilidad laboral.*

En su lugar se anticipó que era ésta una de las situaciones, en general, acontecidas con el sistema instituido sobre el despido. Particularizando en torno a la opción empresarial asimismo aparece esta adversidad para el trabajador. Porque es bien cierto que si ante una decisión particularista del empresario de despedirle sin causa justa "ope legis", tanto sea porque profesionalmente no se acopla al resto de la plantilla —primera—, porque personalmente le es indeseable —segunda—, o porque se ha visto obligado a reducirla —tercera—, ha acudido a la instancia jurisdiccional que, aplicando la norma tutela-

dora, decreta la improcedencia del despido, no obstante al conferir la opción empresarial se encuentra con el alejamiento de sus servicios. ¿De qué le vale, pues, tanta política y legislación tuteladora de sus derechos?, ¿de qué le sirve una sentencia favorable, si no puede reincorporarse al trabajo?, y a cambio, ¿qué va a hacer en ese concierto de desempleo, con la modesta indemnización obtenida, en su caso?; interrogantes todos que dramatizan la situación del trabajador despedido, para quien la opción empresarial sorteó todo el conjunto de garantías laborales que, sin duda, rigen en el Derecho positivo español.

## 2) *Padecimiento de coacciones empresariales.*

Si la anterior incidencia realzaba la situación del trabajador producida por la opción empresarial cuando ésta había funcionado, es decir, había conseguido a su abrigo el patrono la resolución del contrato y la viabilidad "de factis" del despido injusto, la ahora rubricada desarrolla su mecanismo "a priori", es decir, sin necesidad de que "ope sententiae" se estructure mentada opción. Porque en simbolismo popular — y con perdón por su uso en este campo — si se dijo que la opción sirve de "patente de corso" para el empresario astuto, también puede utilizarla como "espada de Damocles" que atenaza la subordinación laboral hasta límites deletéreos. El conocimiento mutuo que ambos contendientes, patrono y trabajador, tienen de la gravitación de la figura, la disparidad de efectos que produce en cada una de las posiciones ocupadas en la relación por los mismos, condiciona en diatriba su respectiva actitud ante su idea representativa. Por el lado del patrono, porque sabe que en un momento determinado, ante una fricción, disputa o desavenencia del operario, puede no ya "preconstituir" un despido y atraer los efectos beneficiosos de una sentencia de condena, sino advertirle con el rigor máximo de que pondrá en juego sus medios lícitos para expulsarlo de la empresa. Por el lado del trabajador, al constarle ese "armamento" del empresario, y reflexionar sobre la orfandad que su dinámica le sumiría. En definitiva, y como en esta patología es indiferente que la actitud empresarial al punto se realice solapada o abiertamente, porque, cualquiera que fuera la "injusticia" de su causa, base del despido improcedente, la opción le reintegraría el acervo amenazante ya "de facto", la convulsión de su gravitación es máxima. Demostrar que en la hipótesis relatada —el que no ocurra generalmente no desvirtúa su realidad— el trabajador padece una presión empresarial indebida, está sujeto a una discriminación entorpecedora de su actividad y hasta de su dignidad personal, resulta, se estima, de fácil entendimiento.

El temor del operario a que por medio de la opción sea expulsado de la empresa condiciona toda su actividad laboral. No se trata de ensañarse con el precipitado de anormalidad concurrente; es bastante con señalar que en esa panorámica se vulneran los dogmas más elementales, el espíritu más caracterizador de la información de esta

rama social del Derecho, que a toda costa trata de preservar la inmunidad, la libertad y la dignidad como persona del trabajador.

### 3) *Compensación económica insuficiente.*

El remedio que el legislador arbitra para que materialmente prospere o encuentre en la realidad un objetivo beneficioso para el trabajador que ha obtenido la sentencia de despido improcedente resulta insuficiente. Es una lástima que siendo ésta la única solución agotadoramente viable para que el sistema fuese edificante, no se haya estructurado la misma —siempre y en todo caso— con cauces de generosidad para paliar la situación en que queda el despedido. Se afirma que es la única solución, porque razonada ya la imposibilidad de una coacción máxima de la ley que constriñera al patrono a mantener a toda costa al trabajador a su servicio, por desconocerse los más elementales atributos del personalismo del contrato, en ese caso, no queda otra disyuntiva que conformar la otra posibilidad prestacional “*ope sententiae*” de tipo indemnizatorio con la amplitud aconsejable a la realidad compleja merecedora de garantía: la situación del trabajador y sus circunstancias personales y profesionales. Porque la Ley de Contrato de Trabajo en su artículo 81 sí alude a esas circunstancias, que por su parte silencia el respectivo 103 de la de Procedimiento Laboral, al referirse que en la fijación de la suma el Magistrado, a su prudente arbitrio, tendrá en cuenta la facilidad o dificultad de encontrar otra colocación adecuada, cargas familiares, tiempo de servicio en la empresa, etc., pudiendo perfectamente incluirse en este final de analogía cualquier otra que complete la situación remanente del operario. Mas si esta descripción de circunstancias es bien expresiva para que el Magistrado pueda apoyarse en la equidad retributiva para señalar la indemnización, sin embargo en ambos textos se la limita al sancionar que la misma “no podrá exceder del importe de un año de sueldo o jornal”. Con lo que al no señalarse límite mínimo hay que deducir que se posibilita una indemnización inferior de hasta un día de sueldo o jornal; ya se sabe que en el respectivo procedimiento de ejecución de sentencias de despido improcedente con opción a favor del trabajador, la Ley de Procedimiento, en su artículo 212, impone una indemnización siempre superior a la precedente, fijando el mínimo en seis meses y el máximo en cuatro años, agravación de consecuencias atinente con la infracción reincidente del patrono condenado. Con este exponente, existe en la ley un cauce de generosidad, un ejemplo de ensanchamiento del “*quantum*” indemnizatorio; al no recogerlo los respectivos 81 y 103, el resultado a potenciar será ese importe que nunca excederá del sueldo de un año. Lógicamente el órgano judicial reservará este tope máximo en los casos extremos, en los que bien por una extraordinaria dificultad en encontrar otro trabajo adecuado, bien por una familia prolífica, y, sobre todo, como acontece en la práctica forense, cuando los años de servicio sean indicativos de una antigüedad que junto con la edad del trabajador revelen una situación muy particular, atribuya, en fin, la suma al límite. Mas también

la experiencia demuestra que en la generalidad de los despidos, tanto porque las circunstancias del despido no sean muy propicias o, acaso, merecedoras de la tutela superior, o porque, incluso, ciertos órganos jurisdiccionales arbitran unos baremos cuantitativos parcos y austeros, las indemnizaciones que se señalan difícilmente sirven para subvenir durante un tiempo prudencial a las necesidades más perentorias del trabajador. Por ello parece acertado esa vigencia del "prudente arbitrio" del Magistrado y la posibilidad analógica de las circunstancias del trabajador, para, en definitiva, acomodar la suma indemnizatoria; mas ante los recelos de una excesiva sobriedad por el titular que resuelva, debían de acoplarse otros mecanismos tendentes a la ampliación de cuantías.

Como se verá en su lugar, encontrándose aquí el remedio para pillar en lo posible la incidencia de una normativa de aparente prohibición del despido, pero con una realidad contraria, debe aprovecharse su operatividad para, convenientemente ampliada, coadyuvar a la desafección del trabajador proporcionándole el sustento racionalmente preciso hasta que se mitigue su desocupación.

#### 4) *Estadística de afectados: Pequeña y mediana empresa; su volumen en los núcleos locales y provinciales.*

Es otro argumento de la perjudicial incidencia que la opción empresarial produce en el concierto laboral, uno de cuyos miembros ha sido víctima de su ejercicio. Porque al concederse al empresario con plantilla inferior a 50 operarios fijos —la hipótesis contemplada de que en caso de conflicto colectivo de trabajo siempre se concederá al empresario si el trabajador participó en el despido, a tenor del 103 L. P. L., luego se examinará en lo atinente—, gran parte del concierto empresarial goza de semejante privilegio; efectivamente, sin necesidad de acudir a una estadística de precisión numérica, puede afirmarse que, al menos en nuestro país, la mayoría de la actividad laboral se canaliza mediante la organización económica relativa a las llamadas pequeña y mediana empresa, y aunque este dato no desconozca en absoluto la pujante realidad que en el proceso de la producción patria proviene de la gran empresa, por lo demás en constante auge nacional, no obstante y por las mismas zonas de localización a que luego se alude en que se ubican estas entidades de plantilla inferior a los 50, forman un aparato de subjetividad tan significativo que, cabalmente, en su seno se provoca la más grave incidencia conflictiva a causa de la ordenación del despido y por el juego de la repetida opción empresarial. Si además se piensa que esas empresas, de ordinario, se asientan en núcleos urbanos de no gran densidad —restos o continuadores, a veces, de antiguos talleres familiares, o iniciadores de una actividad económica intermedia—, en donde se dan cita y se originan un incesante cúmulo de tensiones o falsos rumores, propios de una convivencia compacta, acaso se comprenda que el drama padecido por la víctima de la opción empresarial se hará más patente tanto por ser más conocido por los demás como por dificultades en ocultar

su eventual deficiencia material. La virtual sutileza de este otro aporte sociológico en la temática no debe minimizar lo indiscutible: el descontento o la estrechez son más molestos o incordiantes cuando se palpan en el contorno.

5) *Fomento del paro laboral por localización del fenómeno en zonas de escasa productividad o dinamismo económico.*

Es otro apunte fáctico, que junto con el anterior refuerzan la incidencia negativa de la opción empresarial para el trabajador. Localizadas, como se ha dicho, las indicadas pequeña y mediana empresa, es decir, aquellas en las que la opción es de tipo empresarial, en poblaciones de reducido número de habitantes, debe vislumbrarse en su derredor una fisonomía económico-laboral, por lo general, de limitado expansionismo, de contenida envergadura, alusivas, tal vez, a una lánguida tradición o insuficiencia de medios. En definitiva, la experiencia demuestra que, de hábito, en los núcleos rurales, en las ciudades del interior de limitada densidad, la actividad laboral no es, precisamente, ni pujante ni competitiva; se admite la excepción como contrapunto de afirmación de la regla. El efecto pernicioso de la opción del empresario comporta un nuevo participante en el siempre verosímil fenómeno de desempleo que asimismo se padece en esos lugares. Como se trata del mismo acontecimiento, el desocupado por resultas de la opción "tendrá dificultades para encontrar otra colocación adecuada", reproduciendo así la dicción legal; dificultades, añadimos, serias, y a veces, insuperables, porque, en su caso, con una profesionalidad genuina o selectiva, inexistirán entidades análogas que puedan acoger al despedido, y más si se le sobrepone una carga de des prestigio o no buena conducta en el afectado, que al ser conocida por los conciudadanos aumentará en modo la reseñada dificultad. La sensación ambiental, pues, de paro laboral, que tanto enmascara el verdadero sello de laboriosidad del núcleo en cuestión, se ofrecerá nítidamente.

En definitiva, se ha intentado en la reseña anterior esbozar un proyecto de adversidades padecidas por el trabajador despedido a causa del ejercicio de la opción empresarial. Que algunas puedan parecer intrascendentes o de escasa dación dentro de la fenomenología laboral, se admite; mas, asimismo, se añade que todas y cada una de ellas denotan una filosofía, encierran una verdad lastimera que, aunque fuera muy particular o concreta, no debe ignorarse, y es que, en fin, ante cualquier problema humano, agudizado por la necesidad proveniente del mismo efecto legal, la reacción ha de actuar.

## CAPITULO TERCERO

### POSIBLES FORMULAS “DE LEGE FERENDA”

Se enmarca bajo esta rúbrica la fase final del trabajo: ante la indiscutible censura obtenida desde el campo de juridicidad estricta del sistema del despido improcedente con la consiguiente opción empresarial, conjugándose asimismo sus ciertos soportes justificativos extraídos de la plataforma sociológica contemplada y gravitando las manifestaciones negativas de su incidencia en el trabajador, es procedente elaborar un haz de posibilidades correctoras, porque, como se ha dicho, no cabe ni la repulsa total ni el elogio completo de la ordenación.

Al efecto pueden señalarse las siguientes:

*a) Supresión de la opción al empresario: Reencuentro con el Derecho civil.*

Esta sería la solución más radical y la que, apartando el baremo numérico de los 50 operarios fijos, recondujera la opción a su prístina esencia civilística; es decir, la atribuyera al titular del derecho reconocido por la sentencia, que es el trabajador, quien libremente eligiría entre el reingreso o la indemnización. La normativa que así lo acogiera, desde luego, no pasaría por heterodoxa, porque habida cuenta el calificativo del despido, lo más consecuente es que, condenado el patrono, no tenga por qué y encima concedérsele un derecho de indiscutible contenido actuatorio. Y es que es éste otro sesgo de inconsistencia que ostenta la susodicha opción empresarial, en razón a su conformación “*ope sententiae*”; ¿cómo, pues, el condenado en juicio puede, a su vez, obtener un beneficio de su misma conducta condenada? Ya se dijo que acaso la explicación estaba en la concurrencia de la triada de razones “laborales, personales y económicas” que acaecen en estas empresas, y que el legislador entiende son suficientes para asignar la opción al empresario. ¿Sería conveniente, pues, la supresión “*in radice*” de la opción empresarial? Como lo importante es que sus efectos nocivos desaparezcan para el trabajador, porque la indemnización, en su caso, no le satisface, y como por otro lado, no cabe la coacción máxima que obligue al patrono, despersonalizadora del contrato, la respuesta debe estar en aquella fórmula que respetuosa con esta naturaleza reduzca o elimine los quebrantos del trabajador, y que luego se expone.

Y como el ordenamiento, asimismo, reglamenta la opción empresarial o su proceso generador con diverso trato según un supuesto particular, que puede ilustrar la temática, se examina el mismo a continuación:

*Caso particular del conflicto colectivo.*

Como se sabe, el artículo 103 L. P. L., en su primer párrafo, excepciona el mecanismo comentado de la opción, afirmando: "Por excepción, cuando el despido haya sido motivado por la supuesta participación del trabajador en un conflicto colectivo, con inobservancia de las normas legales vigentes, si aquél se declara improcedente se concederá EN TODO CASO al empresario la opción entre la readmisión y la indemnización, salvo que la sentencia declare que el trabajador no ha tenido participación alguna en el conflicto, en cuyo supuesto corresponderá a éste el derecho de opción, si así procediera, en relación con el número de trabajadores de la Empresa."

Este caso particular, en el que se excepciona expresamente el juego de la opción empresarial en los términos generales expuestos, sin duda obedece a una vigorización de los resortes de control que el intervencionismo estatal proyecta sobre la rama social del Derecho. En lo concerniente al despido, como se sabe, ese intervencionismo provoca la tesis del despido reglado, fuente del improcedente, y caracteriza a los sistemas de autoridad; la preocupación nuclear de sus dictados tenderá a salvaguardar la paz social y desterrar cualquier amago perturbador. Pues bien, como el conflicto colectivo, por naturaleza, convulsiona, o puede hacerlo, los cimientos de esa paz, de ese orden público garantizado celosamente —porque no se dude que la situación fáctica envuelta en el conflicto es semejante a la de una huelga contenida en su aparato de expresividad pública—, el ordenamiento en cuestión recurrirá a cuanto sea preciso para extirparlo o eliminar sus consecuencias. Si al punto se condena al partícipe en un conflicto, advirtiéndole que la resolución de su contrato, aunque se declare improcedente, jamás le reportará el derecho de elección fruto de la opción, acaso recapacite en su conducta. A nuestro modo de ver, ésta es la razón de lo transcrita normativamente, y, desde luego, la excepción así formulada carece de sostén alguno, cualesquiera que sea el campo en que se examine. Porque si es cierto que el conflicto debe evitarse, realícese con otros medios de alcance y persuasión seguros en manos del Poder público, pero no se emplee una institución genuina del Derecho laboral, como es el despido, para a su socaire doblegar conductas ante el temor remanente. Si además se agrega que en la pureza hermenéutica lo importante es la obtención de la sentencia declarativa del despido improcedente, realidad a la que se han de subordinar los demás pronunciamientos, no se halla asidero alguno para que, eludiendo su disposición, se otorgue al condenado una posibilidad ciertamente imprevista hasta entonces. La política legislativa aquí alcanza el céñit influyente, el control estatal manipula los instrumentos conforme al baremo que le interesa. En efecto, desco-

nociendo la coherencia del derecho reconocido en la sentencia alternativa, atribuye, en primer término, una opción a favor del condenado si regenta una empresa con plantilla inferior a 50 —porque, se agrega, acaecen las tres razones sociológicas atendibles—, y en el caso del conflicto, altera lo instituido y lo asigna siempre al empresario condenado, para así preservar cautelarmente el orden evitando el conflicto colectivo. Se superpone, pues, a una figura de extraña génesis —la opción empresarial— otra idea de exotismo recóndito y desnaturalizador —mantenimiento del orden social—.

*b) Opción “racionalmente” establecida.*

Como, por carácter, la opción es ineludible, en cuanto respeta a la postre la naturaleza personal del contrato, y evita lo imposible —en la realidad jurídica—, es decir, la imposición absoluta al patrono de la continuación o readmisión del despedido improcedentemente, la corrección al sistema “de lege data” recaerá sobre la forma en que la misma está configurada, esto es, procederá revisar en línea perfectiva su contenido y funcionamiento. ¿Cómo se consigue la “racionalidad” en la opción? Al punto, y manteniendo la divisoria de los 50 obreros, indicativa de una asignación diferente del titular del derecho de elección, debe distinguirse:

*1) Reformas en la opción empresarial.*

Por ser la más discutible y problemática, será la que padezca mayor proceso corrector. El mismo provendría de la consideración realista que produce su actual proyección en los contendientes, y ya con independencia del criterio instituido sobre el despido improcedente, porque ha de investigarse una fórmula que partiendo de ese criterio acompañe la opción de tal forma que sus resultados sean más ajustados a la equidad; habiendo, pues, de participar en su mantenimiento, *aunque fuera exclusivamente porque a su merced se restaura el personalismo en el contrato y se invalida la constricción de obligar a un “hacer” —aceptar unos servicios y actuar en consecuencia como tal empresario— a quien se niega a ello* —que hasta el propio Derecho común acepta—, la corrección recaerá concretamente potenciando la actual balanza de su gravitación. Al punto, el objetivo es claro: la opción empresarial, por un lado, y con la “subrogatio in re” alternativa de tipo económico, en sus límites reglados, favorece al patrono, porque se le satisfacen las tres razones, “laborales”, “personales” y “económicas”, justificativas de su apoyatura sociológica, pero, por otro, perjudica al trabajador despedido porque, apartado de su puesto de trabajo, no encuentra en el montante dinerario satisfacción adecuada. Entre ese beneficio y ese perjuicio discurrirá el proceso corrector; el primero, sin duda, reduciéndolo, y el segundo evitándolo o asimismo atenuándolo, sin olvidar nunca que en la lógica fricción, la vía que la dilucide habrá de inclinarse por la parte económico-máis necesitada de protección, esto es, el trabajador. Es, pues, ésta la idea que late en las fórmulas que señalan, que aún

más algunas se restringen, a la estimativa globalizada de un incremento del "quantum" indemnizatorio, que salve así la posibilidad legal establecida de que hasta con una cantidad insignificante —un día de jornal, una peseta inclusive— el prudente arbitrio jurisdiccional colme precariamente un indudable predicado de justicia distritativa

*a')* Mantenimiento del obrero durante un año en la empresa más la indemnización actual: Ventajas e inconvenientes.

Sería una evidente posibilidad correctora aquella que modelara la opción empresarial en el sentido de condenar al patrono, a su elección, a la readmisión definitiva o limitada a un año aparte de la indemnización actualmente establecida. La fórmula, desde luego, se ajustaría más a la equidad, atendería más a la parte conflictiva deficiatoria.

*Ventajas.*—Para el trabajador serían bien notables, porque su situación de instantáneo desamparo laboral se reduciría considerablemente; durante ese tiempo el continuar en la empresa podría, ya sin el agobio de la desocupación, orientar su futuro laboral con más sosiego, y por ende, las posibilidades de encontrar otro trabajo adecuado aumentarían. Quizá en otro sentido, durante la permanencia de ese año podría acaecer una mutua reflexión de los protagonistas, y bien por el mayor celo del trabajador, bien por la mayor comprensión del patrono, cabría la eventualidad de una readmisión incondicional, porque ese período propicia cualquier deseo o predisposición por olvidar pasados recelos. Con la indemnización que, además, se le señale, subvendría a los gastos de gestiones o desplazamientos para ir localizando su nueva ocupación laboral.

Tampoco se ignora, en el formalismo técnico, el respeto a la naturaleza personal del contrato, pues la imposición de continuar la relación por el plazo de un año sirve de efímera excepción confirmatoria.

*Inconvenientes.*—Por parte del trabajador, en teoría, se podría esgrimir que la fórmula no elimina totalmente su final de desempleo, a pesar de haber obtenido una sentencia favorable; protesta, en su caso, rechazable, porque por propia naturaleza se ha repetido la imposibilidad jurídica de la continuación laboral a ultranza, cuando el patrono está disconforme; como su estabilidad, racionalmente entendida, se considera protegida con ese año de permanencia, se cumplen los fines tuitivos de la legislación laboral.

Será, en cambio, el patrono con plantilla inferior a los 50 obreros fijos quien padezca los efectos de semejante corrección. Los inconvenientes que a su sentir encontraría, acoplándolos a las tres razones justificativas, serían: 1) De tipo laboral: Porque se le obligaría a aceptar a un trabajador cuando profesionalmente no reúne el grado selectivo de preparación, rendimiento o laboriosidad que goza el resto de la plantilla, lo que menoscabaría su proceso de producción. 2) De tipo personal: Por tolerarse que durante ese período de tiempo puedan provocarse conflictos ambientales, choques de carácter y,

tal vez, que él mismo tenga que discriminar al obrero despedido en ese tiempo por su incompatibilidad personal, situación nociva en la armonía laboral. 3) De tipo económico: Porque la finalidad elusiva de su "despido preconstituido" con miras a la reducción de gastos de la empresa no se consigue, debiendo, en cambio, soportar la carga salarial correspondiente.

En la respectiva compulsa de las dos afecciones el espíritu informador del Derecho laboral será decisivo; el popularizado "in dubio pro operario" también sería aplicable, por lo que predominaría el favorecimiento al trabajador que el perjuicio empresarial. Siempre más atendible un interés acuciado por la necesidad de sobrevivir que otro con efecto debilitador de un negocio.

Por último, es pensable la hipótesis cierta de que, con esa normativa, el patrono se negase a mantener transitoriamente al trabajador. El asunto discurriría entonces por los mismos términos del actual procedimiento de ejecución de sentencias de despido, que, al estar también en parte necesitado de remodelación, se examinará en su lugar.

*b') Imposición al empresario de encontrarle otra colocación adecuada. Consecuencias civilísticas: Ventajas e inconvenientes.*

El contenido de esta fórmula correctora de la opción empresarial, en su explicación técnica, aglutinaría una serie de instituciones conjuntadas. La obligación alternativa creada por la sentencia abarcaría dos posibilidades de prestación: readmisión o imposición de encontrar para el trabajador otra colocación adecuada, con opción a favor del empresario; éste, naturalmente, elegiría la segunda, siempre menos gravosa que la primera, que le obliga a reanudar plenamente la relación resuelta; en su cumplimiento consiguiente y posterior se vería forzado por una especie de transmisión de su posición en la relación obligacional constituida, a base de realizar con otro una eventual asunción de la deuda correspondiente: el nuevo empresario, en su caso, sustituye al condenado en el débito de la prestación fijada por la sentencia.

Consideremos su doble precipitado de consecuencias en la práctica:

*Ventajas.*—Para el trabajador, en principio, serían completas, porque con la fórmula casi se consigue la total estabilidad laboral y el respeto máximo de su condición de trabajador con visos de garantías plenas. Se habla de "casi", porque, en línea teórica, la totalidad proveería sólo de la permanencia en igual puesto de trabajo y en igual empresa que la condenada por el despido, imposibilidad inmersa en el rehuso del sistema del despido "prohibido". Su situación estaría perfectamente atendida en el plano material con la disposición resolutoria, porque debe añadirse, por supuesto, que mientras se cumpliera específicamente la misma, el patrono condenado habría de mantener al despedido en su puesto o, también a su elección, si lo prefiere, abonarle su salario, aunque no consintiera su vuelta al trabajo. Cuando

realmente cumpla la sentencia, es decir, encuentre al trabajador otra colocación adecuada, la situación de éste continuará sin padecimiento y sin solución de continuidad. En ello, aunque se atisben (es irrelevante) las incomodidades naturales que conllevaría el cambio del puesto de trabajo, tanto sea en la misma localidad como en otra, los gastos que se produjeran serían a cargo del patrono condenado, concepto éste solamente atendible con precedente solución. No se ignoran las comprensibles dificultades que, en la realidad y en su caso, se derivarán de que la nueva colocación no fuera "adecuada", problema que se resolvería a través de una simple comparecencia jurisdiccional y con la resolución subsiguiente.

*Inconvenientes.*—Siendo, como se ha dicho, insignificantes los eventualmente alegados por el trabajador, en mor a una inexpresiva comodidad, o, acaso, con vistas a un porvenir o antigüedad empresarial que en el nuevo trabajo se disiparían —que tampoco cabe calibrar con exactitud en la reforma correspondiente, aunque en hipótesis extrema se viabilizase algún módulo indemnizatorio en compensación—, los inconvenientes de esta fórmula correctora provendrán cabalmente de la posición empresarial. Se opondría :

- Que las conocidas y generalizadas dificultades de ocupación laboral, igualmente atenazantes cuando sea un patrono el que tenga que localizar un empleo, le dificultarían ese cumplimiento de lo elegido. Podría entonces refutarse que siempre a él, por sus medios, conocimientos, amistades o influencias dentro del campo económico en que despliegue su actividad negocial, le resultaría más asequible esa búsqueda que no al trabajador, indefenso y sin tales asideros.
- Que en el supuesto de prolongarse esa búsqueda sin resultado apetecido tendría o que readmitir al despedido o abonarle su salario sin trabajar en el ínterin, lo que, desde luego, le agrava su situación económica y laboral. Frente a ello se refutaría que ese fenómeno verosímil le excitaría su celo e intensidad por el encuentro de la nueva ocupación.
- Que en la práctica es muy difícil la localización de un puesto de trabajo idéntico al ocupado hasta entonces en su empresa por el despedido, y que tal vez el ofrecido no haya sido aceptado por el interesado; se trata no de buscar otro igual, sino "adecuado", en los mismos términos que emplea el propio artículo 81 L. C. T., y que en caso de discrepancia sería la vía jurisdiccional la encargada de resolver el problema.
- Que podrían por ese cauce irrogársele unos riesgos imprevisibles, porque así cualquier trabajador de su plantilla que no estuviera conforme con su actual puesto de trabajo, aunque a la empresa le interesaran sus servicios, intentaría utilizar el proceso de despido para atraer ese cambio empresarial; el argumento es insostenible por dos razones: la primera, porque siendo la causa de ese final el despido improcedente, le basta

a la empresa con no despedirlo, y la segunda, porque si por su actitud equívoca le despidie, luego puede optar por la readmisión.

Contrastando las dos fórmulas vistas, ¿cuál sería más gravosa para el empresario y cuál la más beneficiosa para el trabajador? Desde luego, la que le reporta superior estabilidad es esta segunda, y en cuanto la que repercute desfavorablemente en la empresa depende del curso de los acontecimientos: si la nueva colocación se encuentrá sin dificultad y pronto, la liberación patronal es clara, mientras que el gravamen le incidirá progresivamente a medida que transcurra el tiempo sin el cumplimiento específico de la opción.

Finalmente, el incumplimiento empresarial del resultado específico de la opción, si es que además se agrava con el impago salarial en el intermedio, conduciría el caso a los trámites de ejecución de sentencias de despido, que después se considerarán.

c') Aumento de la indemnización a un "quantum" racional. Fijación de sus límites mínimo y máximo.

De las fórmulas perfectivas de la opción empresarial es la más ajustada a la realidad, por resolver, en complectud, toda la problemática pugnante en la cuestión. Se sintetizó que la fricción o inconsistencia de la opción proviene de que actualmente se asiste a la lucha beneficio empresarial "versus" perjuicio del trabajador; lo primero, por su efecto liberatorio para el patrono, y lo segundo, porque la compensación recibida insatisface claramente la necesidad del trabajador. *Y como el personalismo contractual inhabilita la continuación "in natura" de la relación*, por fuerte que sea el intervencionismo estatal, no queda otro camino que el permitido por el remedio compensatorio debidamente estructurado. Por lo expuesto se ha omitido la consideración "nominatim" de las "ventajas" o "inconvenientes" de la fórmula, porque los que esgrimiera en este campo el empresario, en cuanto padecería un mayor quebranto económico, serían inatendibles por el destino y finalidad de la indemnización superior impuesta. En definitiva, inviable el cumplimiento específico de reanudar el trato laboral, y siendo la causa del quebranto del trabajador despedido su precaria situación material, en el soporte económico estará, sin duda, el remedio, cuando se le configure "racionalmente".

Más, ¿es que en la actualidad esa indemnización no es racionalmente satisfativa?

— *La actual indemnización de los artículos 81 L. C. T. y 103 L. P. L. es insatisfactiva para el trabajador: Quiebra por su límite mínimo inexistente.*

La respuesta al anterior interrogado se epigrafía en sentido afirmativo; es decir, la indemnización reflejada en los artículos indicados no satisface ni los intereses del trabajador ni lo compensa formalmente del resultado de la sentencia, y le ubica, por tanto, en una situación precaria y de necesidad material. En ambos preceptos se

establece que el Magistrado, a su prudente arbitrio, condenará a la empresa —en la segunda alternativa, que es la única remanente de cumplimiento— a que abone al trabajador una indemnización cuya cuantía fijará concretamente, SIN QUE EN NINGÚN CASO PUEDA SER SUPERIOR AL IMPORTE DEL SUELDO O JORNAL DE UN AÑO —artículo 103—, o, en otras palabras, SIN QUE PUEDA EXCEDER DEL IMPORTE DE UN AÑO DE SUELDO O JORNAL —artículo 81—. Con esta normativa es obvio que la libertad jurisdiccional por debajo de ese tope es total, pues no se le señala límite alguno al respecto, salvo el de quince días que fija el artículo 115 L. P. L. para el supuesto de crisis del 114, pero que, en puridad, marginan al problema porque los contratos en esta hipótesis ya han sido resueltos por la Autoridad laboral, y no hay, pues, DESPEDIDOS. En consecuencia, el Magistrado, que ejercitando su prudente arbitrio, cualesquiera que fueran las circunstancias del caso —aludidas por el 81, pero no por el 103—, fijara una indemnización, por ejemplo, de un día de jornal o hasta de una peseta, estaría cumpliendo estrictamente con la legalidad aplicada. Si, aun no considerando esas hipótesis extremas, se concreta la cuantía en el importe de un mes, como acaece varias veces, tampoco existe vulneración aplicatoria alguna. Parece que ese amplísimo marco a la discrecionalidad judicial puede entrañar riesgos elusivos del módulo de equidad. Piénsese al punto que, sin dudar un ápice de la honorabilidad, rectitud y conciencia del prestigioso Cuerpo judicial especializado existente en nuestro país, no obstante, y como tampoco ese “prudente arbitrio”, esto es, su libertad de criterio, puede potenciarse hasta afirmar que se ha actuado con exacta objetividad, el atisbo de insatisfacción laboral puede aparecer en cualquier momento. Porque el “prudente arbitrio” del criterio judicial, por su progenie volitiva y provenir de un proceso de causación personal, escapa a todo tipo de compulsa; es más, a veces, al ser núcleo del tema la insobornable personalidad del que juzga, acaece que según esté conformada la misma sobre el asunto controvertido así se concretará el “quantum”; no ya es peligroso la verosímil realidad de que ante una situación idéntica varios Magistrados se pronunciaran con sumas diversas, porque ello es un tributo ineludible de la pluralidad diferencia de los titulares del cargo, aunque no ha de minimizarse que el fenómeno de la desigualdad de pronunciamientos ante conflictos semejantes no prestigia a la magistratura. Pero siendo ello inevitable, a nuestro parecer es más penoso que en la estructuración intelectiva de cada Magistrado para equipar ese “quantum” puedan influir prejuicios, datos empíricos, hasta ideologías soterradas, que, conformando el acervo de su capacidad intelectiva —“vis cognoscendi” y “vis appetitiva”—, expresiva de su “potestas jurisdictionis”, condicionen su criterio a términos de austeridad, impropios y, en particular, nocivos para los intereses del que juzga. Se repite que sin empañar en nada el alto prestigio judicial, podría, por el camino que se señala, imponerse, en una graduación de su libre arbitrio, un límite mínimo indemnizatorio que siendo “a priori” satisfactorio evitará las quiebras de una resolución escasamente compensatoria. Se estima, pues, que fijándose “ope legis” ese LÍMITE MÍNIMO SATISFACTIVO, la acusación que se sub-

raya quedaría zanjada; —en ese límite mínimo ya actuaría el propio legislador sopesando qué indemnización sería la suficiente para compensar al trabajador y su familia del influjo de desamparo de la sentencia interferida por la opción empresarial; al efecto, utilizando los medios de la política legislativa, acoplando los datos para abarcar la situación media laboral, se evitaría que con el sistema actual sea el Magistrado quien en todo caso fije lo que él estima suficiente para subvenir a la realidad en que queda el despedido.

— *Entendimiento de la “racionalidad”: juego de las circunstancias del artículo 81 L. C. T., valor de la analogía, exhortación jurisdiccional.*

El propósito de la reforma persigue fijar un “quantum” indemnizatorio racional. Pero, ¿qué es la “racionalidad” así entendida? Puede contestarse como aquel criterio inspirador resolutivo que señale una indemnización satisfactiva para el trabajador, esto es, que en atención a sus circunstancias de toda índole le compense del quebranto de la sentencia “eludida” *in natura* por la opción empresarial hasta que pueda, normalmente, resolver su situación laboral.

La “racionalidad” epigrafiada estará, en consecuencia, tanto en el principio orientador que ha informado la resolución del “quantum” como en cuanto ese “quantum” se juzgue en la realidad y se le cualifique como objetivo. La equipación de semejante cualidad informadora tendrá dos presupuestos estructurales: uno, *teleológico*, habida cuenta que la suma, efecto de su información económica, habrá de servir para satisfacer las necesidades del trabajador; otro, *valorativo*, en cuanto esa finalidad habrá de obtenerse mediante factores de normalidad, es decir, aquellos que de ordinario acaecen contemplando las mismas circunstancias concurrentes en el evento. La indemnización será, pues, “normal”, si atiende las necesidades del trabajador —finalidad—, dadas sus circunstancias personales, familiares, profesionales, durante el tiempo que se precise ordinariamente hasta encontrar trabajo análogo. Este límite temporal, también entendido con “normalidad”, es importantísimo, porque acopla un factor de igual naturaleza, el numérico o medible, en el proceso de integración de la suma indemnizatoria. La rationalidad, en definitiva, predicada, sería aquella en la que la indemnización inspirada en la misma cumpla la finalidad satisfactiva del trabajador, en particular mientras dure normalmente su desempleo.

Aunque la ley, como se ha dicho, carece de límite mínimo, no obstante el artículo 81, aunque no el 103, indica un elenco de circunstancias muy atendible para que el Magistrado encuentre asidero en el juego de su “prudente arbitrio”, y que asimismo prestan significativa utilidad en el deseo reflejado del “baremo de rationalidad”. Las circunstancias, y siempre de indiscutible reflexión por el órgano judicial, son:

- 1) *Facilidad o dificultad de encontrar otra colocación adecuada:* En nuestro diseño perfectivo comporta el límite temporal indicado

en la integración del "quantum racional"; porque, según sea el grado de oferta laboral en el mercado, según sea la profesión del despedido, según sea, en fin, su standard económico retributivo, así dependerá el mayor o menor periodo de tiempo en que padecerá la desocupación.

2) *Cargas familiares*: La necesidad, es evidente, aumenta si el trabajador es el sostén de una familia numerosa, o en cambio, se subviene con su salario él exclusivamente. La cualidad de padre de familia, con las cargas de los hijos y el número de éstos, se potenciarán adecuadamente para establecer la suma.

3) *Tiempo de servicio en la empresa*: Igualmente es un dato de especial importancia, porque en él radica la intensidad de unos servicios que se extirpan por el juego de la opción. El arraigo, el pasado laborioso, el prestigio profesional, se precipitan en estas circunstancias y deben pesar sobre el gravamen a cargo de la empresa, quien, en su caso, ha prescindido injustamente de una antigüedad, sinónima de una lealtad y fidelidad ciertas.

El artículo 81, a continuación, emplea el término bien elocuente, en el plano de la hermenéutica, de "etc", que es tanto como admitir cualesquiera otros que influyan en la individualización del caso, como apoyaturas para integrar el "quantum". Parece que con ello se atrae el mecanismo de la analogía, siempre tan cerca de la equidad, en el entendimiento aplicatorio de los preceptos positivos al caso concreto. Con ese relieve analógico serán circunstancias significativas:

- La edad del trabajador: Porque es diferente su posibilidad de nueva ocupación según sea joven, maduro o anciano.
- Su profesión: En cuanto condiciona la incidencia de la oferta laboral existente en el mercado: no es igual la genérica profesión de obrero manual que la de un especialista, profesional liberal o científico. Por lo general, el mercado absorbe más fácilmente el trabajo indiferenciado o no selectivo que aquel que requiere un proceso de formación, de capacitación técnica o estudios académicos.
- Su salario: Presupuesto alusivo directamente al "modus vivendi" del trabajador, y por tanto, a tener en cuenta para que la suma satisfaga plenamente al trabajador.
- Sus circunstancias fisiológicas: En la idea de que si el trabajador padece alguna tara física o enfermedad, sus posibilidades de nuevo empleo disminuyen ostensiblemente; ello es asimismo un dato a considerar en la integración indemnizatoria.

En general, han de tenerse en cuenta todas aquellas circunstancias que individualizando al trabajador, que es tanto como al supuesto resuelto por la sentencia de despido, diferencien sustantivamente el caso de otros semejantes.

— *Integración del límite mínimo.*

Es, como se ha dicho, el módulo indispensable, aquel que evita, en su caso, la eventualidad de una sentencia insatisfactoria para el trabajador, o no orientada con el principio de "racionalidad" predicado.

Pueden ser sus cimientos:

aa) *La cualidad de operario fijo es la determinante: representativa del "modus vivendi" del trabajador.*

Como el límite mínimo que "ope legis" se establezca, habrá de operar en la generalidad de los casos, siempre habrá de apoyarse en un elemento igualmente predictable de todas las situaciones laborales que se debaten en el proceso de despido improcedente. En ello no valen los distingos, a no ser, naturalmente, los que provengan del jornal o salario de que se trate, que variarán según sea el respectivo del despedido.

Al respecto, la única cualidad determinante, la que disfrutan todos los que accedan al proceso por haber sido víctimas de un despido improcedente, prevendrá de su innegable carácter de trabajador al servicio de la empresa. Este carácter, no obstante, tiene que puntualizarse para que, asumiendo visos significativos, pueda ser relevante en la integración del "quantum" mínimo. Entonces se dice que la caracterización se completa si se agrega que el trabajador en cuestión es "operario fijo" al servicio de la empresa; la terminología se extrae de la misma normativa legal: artículos 81 L. C. T. y 103 L. P. L. Si el trabajador es "operario fijo", denota ya su incorporación permanente y total a las vicisitudes laborales de la empresa, por un lado, y por otro, y como consecuencia de esa absoluta adscripción, demuestra con ello que la satisfacción de todas sus necesidades materiales dependen de sus ingresos salariales, o lo que es igual, que su ocupación laboral es el cauce exclusivo y excluyente de proporción de medios de subsistencia; puede decirse, en esa hipótesis, que su nivel de vida se ajusta a la retribución empresarial. Por supuesto que en ese esquema se eliminan, por ser comprobables, las situaciones en que concurren otras fuentes de mantenimiento del trabajador: v. g., fortuna propia, disfrute de pensión, o rentas, etc.

La calificación de "operario fijo" la suministrará la correspondiente Reglamentación (que, a veces, tiene que actualizarse socialmente sobre el problema), por lo que deben eliminarse jurisdiccionalmente, incluso, los recelos y riesgos que sobre el asunto existan al plantearse posibilidades litigiosas en las que las empresas tratan de enmascarar con el piélagos de eventualidad a quien ya detenta una estabilizada posición en el trabajo. Ejemplo elocuente al punto es la reciente reforma de la Ordenanza de la Construcción según Orden de 27 de julio de 1973 en su artículo 40 subordinando el paso de eventual a fijo a los quince días de prestación de servicios.

Demostrada, pues, esa categoría general de la cualidad laboral, así como su significado de condicionar el "modus vivendi" del tra-

bajador, se afirma, en resumen, que todo aquel trabajador que ostente la cualidad de operario fijo y obtenga una sentencia de despido improcedente, tendrá derecho a la indemnización, cuando menos, en su límite mínimo, que luego se señala. La valoración de otras circunstancias, así como casos especiales en el esquema, luego se examinan.

bb) *Las demás circunstancias condicionan la extensión del "quantum" hasta el límite máximo.*

Así como la cualidad de "operario fijo" es generalmente previsible, el resto de las circunstancias incidentes en el trabajador sirven para individualizar más su situación y, por tanto, para apoyar el prudente arbitrio judicial en un ensanchamiento indemnizatorio. Aquí sí cabe particularizar por la diversidad fáctica concurrente. De consiguiente, según sean la facilidad o dificultad de nueva ocupación, las cargas familiares, la antigüedad, la edad, profesión, salario o condición física del trabajador, será superior o inferior la diferencia que medie entre la indemnización mínima señalada y el límite superior establecido, en el bien entendido que cuanto más acusada sea la afección padecida por su protagonista a resultas de alguna de ellas, más envergadura económica contendrá la indemnización señalada, que, en casos extremos, equivaldrá al máximo prefijado. De esa forma no existe discriminación alguna, porque el trabajador más afectado, que es sinónimo de más necesitado de protección económica, la recibe adecuadamente. En ello, el sistema "de lega data" es ejemplar, tal y como lo interpreta el parecer jurisprudencial unánime.

cc) *Casos especiales.*

En el precedente estudio se ha esbozado un esquema perfectivo del "quantum" indemnizatorio que abarque la generalidad de los supuestos, como plataforma para equipar el límite mínimo, que luego se señala.

Ahora bien, como a resultas de ello, ese límite mínimo, en su cierta cuantía, habrá siempre de respetarse por el órgano judicial, sin perjuicio de que, en su caso, lo rebase; parece pertinente contemplar algunos supuestos que, por su irregular base, por la presencia de unas circunstancias de repulsa e incluso porque aludan a que el trabajador en cuestión todavía no se ha incorporado totalmente a la empresa y, por ende, ésta carece de arraigo para subvenir sus necesidades, ya decantadas por la estabilidad laboral consiguiente, no han de cobijarse en igual tutela económica; lo contrario sería premiar servicios inmerecidos o indignos de esa especial protección.

Entre estos casos pueden señalarse:

— *Trabajador eventual o con un desempeño laboral inferior a quince días:* Se identifica esta calificación de trabajador eventual siguiendo el paradigma de la citada Ordenanza de la Construcción, porque por su expansiva incidencia en un sector laboral muy depri-

mido contiene los atributos de información social consustanciales con esta rama del Derecho. En estos casos, al inexistir la cualidad de fijo y la incorporación definitiva empresarial, es prematuro afirmar que ya el trabajador ha conformado sus necesidades a sus ingresos. La solución normativa sería que, por excepción, el Magistrado actuará, como *en la actualidad*, a su libre arbitrio sin el juego del límite mínimo.

Si se imaginaran otras hipótesis, tales como los famosos “profesionales del despido”, o aquellos trabajadores que sin incurrir en justas causas manipulan su trabajo con cierta deficiencia, recorren empresa tras empresa, aprovechándose de los despidos de las mismas en sus percepciones indemnizatorias; igualmente, cuando se trate de trabajos en que se sorprenda la buena fe del empresario— a través de anuncios públicos, ofertas en periódicos, etc.—, y no se demuestre una real competencia, y aunque tampoco sea probado debidamente la presencia de una justa causa. En esos casos, y otros pensables, es de suponer que el patrono despedirá antes de esos quince días, por lo que entonces el tratamiento será semejante al precitado.

dd) “*Quantum*” del límite mínimo: un año de indemnización. Su gravitación empresarial elusiva de los despidos preconstituidos. Su contenido satisfactorio. Juego artículo 1.135 C. c.

La indemnización que a consecuencia de una sentencia declarando el despido improcedente la ley debe señalar, cualquiera que sea el sesgo subjetivo de la opción —en esta modalidad examinada a favor del empresario—, habrá de ser NO INFERIOR al sueldo o jornal del trabajador despedido de un año, siendo éste, pues, su límite mínimo irrebasable por el órgano jurisdiccional.

El tope referenciado tiene un doble fundamento y cuyo contenido, de consiguiente, sirve para zanjar el instituido quebranto por beneficio empresarial “versus” perjuicio trabajador, en cuanto revisa en respectiva ambas irregularidades:

1) En efecto, en primer lugar cercena el abusivo beneficio empresarial obtenido a través de la suma indemnizatoria actualmente establecida, silenciadora de límite alguno; porque cualquiera que sea la circunstancia profesional del despedido, en cuanto éste ostente la cualidad de FIJO en la empresa, el patrono, si se decide a despedirle sin justa causa, habrá de pechar con el gravamen correspondiente a ese año de indemnización. Y, como además, por escasa que fuese la retribución salarial, su cómputo anual alcanzará cierta envergadura, el empresario sopesará, en modo, la afección económica que padecerá si se decide, no obstante, a resolver unilateralmente la relación. Entonces, a buen seguro, los riesgos fraudulentos del despido “preconstituido” se reducirán sobremanera; ya no se mantendrá la vigente situación que tan fácilmente conduce a la eliminación improcedente de la plantilla de cualquier obrero, pues la mentalización del juego de la opción no resultará tan halagüeña. Pero es que, además, se estima

que, con la corrección señalada, se viabilizan los casos límites, es decir, no se obstruye totalmente la decisión del patrono en ciertos conflictos individuales de especialísima significación, porque si algún trabajador "in mente" es "indeseable", podrá optar por su despido eligiendo la indemnización del año, que por gravosa que sea restaura el interés o conveniencia empresarial. La corrección consecuente no imposibilita el mecanismo de la opción y, por ende, la justificación de las "razones" empresariales; únicamente evita su ejercicio abusivo al imponer una mayor reflexividad en su elección. Condiciona, pues, con el peso de su "quantum", la libertad discriminatoria existente.

2) En lo concerniente al trabajador, el teleologismo satisfactivo igualmente se cumple con el tope referenciado. Ya se expuso en el examen de las otras fórmulas que, por lo general, debe tenerse como acontecimiento normal que la afección recibida por el despido en su relieve económico o material para el trabajador equivale a una estimación salarial de un año de actividad laboral. La suma, pues, que la recoja disipará esa afección y, por tanto, proporcionará el sustento necesario para satisfacer la necesidad sentida. Por ello, siempre se hablaba del año, tanto para imponer al empresario la obligación de readmitirlo en ese tiempo o hasta que durante el mismo le buscarse otra colocación. Se fija "a priori" la medición cronológica de un fenómeno eventual, porque, por su índole contingencial e inaprehensible matemáticamente, no es apto ningún control de exactitud acoplado empíricamente en el conflicto de que se trate. Y que por la imposibilidad de precisar anticipadamente cuánto se prolongará la situación de desempleo remanente del despido para el obrero, ha de indicarse un plazo que pase por normal dentro de las características de la oferta laboral, de ordinario, existentes. El año expresado, en un entendimiento racional del problema, parece que, en principio, reúne contenido suficiente para cumplir su fin satisfactivo. Se dirá, y es cierto, que algunas veces el despedido puede encontrar otra colocación adecuada antes de que transcurra ese año, por lo que, en consecuencia, se lucrará con la indemnización, y, por el contrario, habrá ocasiones en que transcurrido el mentado año aún perdure el desempleo ocupacional. En la realidad ello puede ocurrir, pero las técnicas de previsión legislativa siempre amoldan sus normas a la generalidad de los hechos, es decir, apreciando cómo se verifican los acontecimientos subsumidos habitualmente, y con independencia de que en particular no ocurra así. En consecuencia, si la nueva ocupación se obtiene antes del año, la incidencia indemnizatoria reportará un juicio de repulsa para el empresario que así se ve condenado por haber procedido sin justa causa al despido, mientras que para el trabajador le supondrá un beneficio a consecuencia de haber tenido la razón y obtenido el derecho en el proceso pertinente; si sucede la otra hipótesis de irresolución de su ocupación transcurrido el año, se tratará de una eventualidad que ya no tiene por qué preverla la ley, cuando actuó al punto con el suficiente tono de preocupación laboral.

En la estimación y cimientos de esa equiparación de la indemnización

zación a un año, obtenida como compensación de la realidad padecida por el trabajador improcedentemente despedido, también cabe añadir una sólida argumentación que, reforzando su verdad, de nuevo inclina la institución laboral a su génesis civilística. En efecto, al tratarse de la opción empresarial, en su estudio técnico-jurídico, se la ubicó en el seno de las obligaciones alternativas, y por cuyo efecto, el derecho de elección del empresario, se elegía una de las dos posibilidades de prestación generadas por la sentencia; o sea, eliminada la readmisión, quedaba como única alternativa la indemnización, con lo que, "mutatis mutandi", se plantea semejante situación a la prevista en el artículo 1.135 del C. c. al afirmar: "El acreedor tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios cuando por culpa del deudor hubiesen desaparecido todas las cosas que alternativamente fueron objeto de la obligación o se hubiera hecho imposible el cumplimiento de ésta." Añadiendo su segundo párrafo: "La indemnización se fijará tomando por base el valor de la última cosa que hubiese desaparecido, o el del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible." En el juego de este artículo a los fines expuestos hay que puntualizar: Siendo el acreedor "oppe sententiae" el trabajador, la alternativa sólo encierra dos posibilidades de prestación: la readmisión o indemnización, y eligiendo el empresario la indemnización es como si se hiciera "imposible" la readmisión; luego la suma de la alternativa residual "se fijará tomando por base el valor del servicio que últimamente se hubiera hecho imposible", que, necesariamente, se referirá al valor de la otra alternativa o readmisión. Luego, en resumen, el montante de la indemnización tendrá el valor que se fije para la readmisión. ¿Y qué vale la readmisión laboral? Para el despedido, todo, porque supone su estabilidad; para la previsión legal, a tenor de las circunstancias, es claro que, cuando menos, abarcará el salario de un año, que se estima *normalmente* preciso para encontrar otra colocación adecuada, que, por tanto, sustituyéndola, ocupa su mismo "valor" para el trabajador.

Por último, se subraya que esta corrección, como todas las idóneas de tipo indemnizatorio directo, esto es, sin una previa imposición "in natura" de la relación laboral como en las otras examinadas, se cohonesta perfectamente con la naturaleza personalista del contrato laboral y del propio despido: impide que resplandezca el contenido de la tesis del despido prohibido, impositivo a ultranza de la perennidad del contrato, en contra de la voluntad del empresario, conjugando, a su vez, el dogma de protección al trabajador, ínsito en esta rama social del Derecho.

ee) "Quantum" del límite máximo: tres años de indemnización. Razonamiento y significación.

Si el mínimo se ha corregido hasta elevarlo al tope de un año de indemnización, parece consecuente que el límite máximo que puede señalar la sentencia, aplicando el prudente arbitrio judicial, sea el de tres años. Representa así una diferencia cuantitativa suficientemente comprensiva de la diversidad fáctica atinente a la situación laboral

del despedido. Si para el límite mínimo estrictamente operaba su detentación de trabajador fijo al servicio de la empresa, con lo que se adosaba un módulo de equiparación indiscriminada a favor de todos los trabajadores, es lógico que cuando ocurra alguna particular "circunstancia" de las expuestas que individualicen característicamente al trabajador de que se trate, el Magistrado cuente con apoyos aplicatorios de la ley suficientes para retribuir o compensar la genuinidad controvertida. Así, cuando el despedido esté afectado intensa o personalmente por dificultades de la oferta laboral, por el exceso de cargas familiares, por la antigüedad en la empresa, por su profesión, por su salario, por su edad, por su sanidad física o mental, de tal forma que la proyección de alguna de éstas lo seleccione del resto de hipótesis normales, se le proporcionará, consecuentemente, un acervo retributivo capaz para colmarle en su indiscutible derecho sastisfactivo. El alcance económico de la sanción para el empresario, al representarle una suma ya de cierta consideración, igualmente, le hará recapacitar cuando se disponga a despedir, sin justa causa, a un obrero que por esas circunstancias padecerá más la realidad de su desempleo. Y en todo caso, no cabe la estimación de que el límite máximo quebrante la estabilidad empresarial, porque su elusión es bien sencilla, es decir, la no asunción de su carga se conseguirá no actuando en esa forma, no despidiendo al obrero. Como, además, en el arbitrio de esa suma, actúa directa y exclusivamente el criterio judicial, deben disiparse todos los recelos existentes al punto, ya que la garantía de su ejercicio, la objetividad de su empleo, ajustará su realidad a una evidente dación de las circunstancias antedichas justificativa de la estimativa indemnizatoria.

## 2) *Reformas en la opción laboral.*

La opción concedida al trabajador en los artículos 81 L. C. T. y 103 L. P. L., se afirmó en su lugar que no contiene técnicamente reparo de clase alguna. Porque recayendo la sentencia que la establece en una vicisitud constitutiva de la fase de extinción del contrato de trabajo de naturaleza personal, recoge en su proceso de ideación igualmente el sentido de esa naturaleza; previéndose, al respecto, que al desaparecer la base personalista, puede el favorecido por la misma no interesarle la continuación de la relación, se elude la exclusividad de un cumplimiento "in natura" y se deja, a su arbitrio, la posibilidad de elegir la resolución; de este modo, cualificada su posición con un derecho indiscutible declarado en la sentencia, se le amplía así su marco de actuación al punto, permitiéndole la opción establecida. Naturalmente que si la elección recae en la readmisión, las incidencias que se produzcan, si la misma no se acata en puridad, transitarán el tema por el correspondiente procedimiento de ejecución regulado; mientras que si se optó por la indemnización, la única reforma necesaria recaerá en la modificación de su "quantum", que se hará a tenor de las cantidades señaladas en la opción empresarial, porque, en definitiva, ha sido idéntico el proceso causante del establecimiento de la opción: actuar en base a un despido del empresario sin justa causa..

La indemnización contendrá, en su límite mínimo, el año de sueldo o jornal, y en el máximo, el tope de los tres años indicados. Se mantienen, pues, iguales sumas a las señaladas en la opción empresarial, y se ha afirmado que ello acaece por identidad del proceso conflictivo: actuación por despido improcedente. No obstante, al actuar así, se omite, al parecer por irrelevante, la apoyatura que tuvo el legislador para la distinción atributiva de la opción, basándola en que la empresa tenga o no los 50 operarios fijos de plantilla. Y como este dato es eminentemente sociológico, y su plasmación fruto de un contraste empírico de la realidad fáctica pertinente, su citada irrelevancia no se cohonesta con la serie de implicaciones que cabría de ello derivar. Se intenta explicar que si se admitió para el análisis de la opción empresarial su factor básico de la plantilla de menos de 50, que a su vez condicionaba, por las características especiales de la empresa, la concurrencia de la tríada de razones laborales, personales y económicas tenidas en cuenta por el legislador para establecerla, pese a las cuales se debía imponer la indemnización de uno a tres años, respectivamente, no resulta ahora muy congruente que en una empresa con plantilla de 50 o más operarios, que incluye la gran empresa, en donde hay que suponer que de hábito ya no concurren esa tríada de razones, se mantengan los mismos "quantum" indemnizatorios; la deducción entonces es discriminatoria y evidente: en estas empresas el gravamen indemnizatorio será de menor afección a las otras, por su mayor respaldo financiero. En línea de principios esto es claro, pero con independencia del aserto, no obstante, nos pronunciamos por mantener iguales indemnizaciones, por dos motivos especiales:

- 1) Porque así no se fragmentan en demasía los casos que ha de prever el legislador, y por ende, se respeta el sistema instituido de indeferenciar sobre el particular; corregido el problema sustancioso de las sumas permanece, pues, idéntico el criterio ordenador.
- 2) Que tampoco ha de olvidarse que tratándose de la opción laboral, aquí la entrada en acción de la alternativa indemnizatoria será inversamente operativa al supuesto de la opción empresarial; es decir, así como con la opción de la empresa la elección recaía por lo general en la indemnización, con la opción a favor del trabajador hay que intuir que, por su interés en mantener su ocupación laboral, la elección más frecuente se pronunciará por la readmisión; entonces la problemática indemnizatoria se ceñirá únicamente a los casos parcos de opción indemnizatoria y a los que culminen en una negativa empresarial a la readmisión elegida, y cuya ubicación en el tema de ejecución gozará de la idea perfectiva que allí se adicione. En resumen, la equiparación antedicha responde a la menor proyección de la opción laboral a la empresarial en la alternativa de indemnización; creyéndose, de consiguiente, que gravitando los mismos topes se satisfacen los escasos supuestos en que se seleccione por el trabajador su deseo de percibir la indemnización establecida.

e') Procedimiento de ejecución de sentencias. Elevación de sus respectivos límites.

Si la opción laboral ha elegido la readmisión y el empresario se mantiene en su negativa, la fricción desencadenante accederá a la Magistratura por los trámites expuestos de los artículos 208 y siguientes, en donde la decisión contenida finalmente en el 212 es elocuente. Aunque en su lugar se habló de una “patología” en este procedimiento de ejecución, no se olvide que ello se hizo en una contemplativa sistemática e integral de la ordenación que permitía, como se ha razonado, la viabilidad de los llamados “despidos preconstituidos” en cuanto siempre terminaban en extinción de la relación laboral, tanto fuera a través de la opción empresarial como de la laboral, a la vista de la resolución del citado 212. El sesgo patológico cede, sin embargo, cuando se medita que en los trámites ordinarios de ejecución de prestaciones de hacer, inspirados en el artículo 1.098 del C. c. y recogidos en la Ley de Enjuiciamiento, artículos 923 y siguientes, efecto de los contratos de igual tipo, tampoco cabe el cumplimiento “in natura” a resultas de una coacción absoluta, y siempre terminan o concluyen en un pronunciamiento de resarcimiento indemnizatorio. La Ley de Procedimiento Laboral, pues, en su artículo 212 se pronuncia por igual fórmula compensatoria, por lo que el intento perfectivo recaerá sobre el montante impuesto para quien, como el patrono condenado, se resiste a acatar el pronunciamiento jurisdiccional. Dicho artículo, se sabe, que con su sanción establece un doble límite inferior escalonado o superpuesto, así como el superior. El límite mínimo equivale al sueldo o jornal de seis meses, siempre que a su vez no sea inferior a la indemnización fijada en la sentencia que puso fin al juicio de despido, y el superior equivalente a cuatro años de sueldo o jornal.

Esos límites, en su formulación ordenada, deben ser racionalmente elevados en cualquier tarea seria “de lege ferenda”. Al respecto, ya se dijo la indiscutible base que tenía el criterio del legislador, al aumentar estas indemnizaciones en relación con las inmersas en los artículos 81 y 103 citados, en cuanto con ello emitía un juicio de repulsa total para el empresario que, con su conducta, doblemente incumplía los preceptos imperativos: al principio, al formular un despido sin respetar la ley, razón de la sentencia condenatoria en el juicio de despido improcedente, y después, porque desoía asimismo el mandato jurisdiccional que le condenaba al reingreso del trabajador; razones que sobremanera justificaban el montante de la sanción, y así, esa mayor repulsa se acogía en el artículo 212, al señalar que siempre la indemnización en ejecución superaría la del juicio originario. Explicada, pues, una de las dos manifestaciones del límite inferior, se impone ahora concretar la suma de ambos límites:

1) Por lo que respecta al límite INFERIOR, su tope ha de fijarse en DOS AÑOS de indemnización. Su razonamiento es diáfano: Si ante una conducta desobediente con la ley, causa del fallo de despido improcedente, se integró el “quantum” en el importe de un año, parece

lógico estimar que ante una conducta doblemente infractora, no sólo por esa primitiva desobediencia, sino porque hasta se resiste a cumplir el mandato de readmisión jurisdiccional, la condena económica asimismo se duplique. A doble infracción, pues, doble sanción. El razonamiento es de silogístico acatamiento, sin que quepa aducir que no debe someterse al módulo matemático la variedad accional de las personas, porque al tener, por necesidad, que imponer apriorísticamente en la condena el factor también matemático delimitador, ¿por qué no va a ser útil idéntica proporcionalidad?

2) Por igual camino y razonamiento se establecerá el límite SUPERIOR en SEIS AÑOS DE INDEMNIZACIÓN, suma justamente doble que la respectiva en la opción empresarial.

La gravitación de su envergadura económica para la empresa reincidente, que sería esgrimida de adverso por la misma, se refuta porque, además del reflejo de esa repulsa ante su conducta, su propia solidez financiera, la inexistencia de las razones económicas, que en la empresa idealizada a contemplar acaezca, conducen a admitir que su capacidad negocial puede enjuagar estas indemnizaciones; aparte de que en situaciones límites de una empresa en particular, puede eludirlas no iniciando con su conducta la resolución de un contrato sin justa causa.

b') Aplicación extensiva del artículo 213 L. P. L. Precedente ejemplar.

El artículo 213, como paradigma de precisión y máxima garantía de la estabilidad laboral, afirma:

“En todos los casos en que por sentencia firme se declare improcedente el despido de algún trabajador que desempeñe destino para el que sea preciso ingresar al servicio de la empresa por oposición o concurso-oposición, conforme a los reglamentos de trabajo o a los reglamentos o estatutos particulares de aquélla, y el interesado opte por la readmisión, será ésta obligada para la empresa, sin que proceda la indemnización a que se refieren los artículos anteriores.”

Conviene, antes de especular sobre la pertinencia de ensanchar el marco aplicatorio de este precepto, subrayando el alto valor de su contenido, puntualizar el lugar exacto que ocupa dentro del sistema ordenador del despido, así como el curso excepcionante que en su previsión experimenta el mecanismo de figuras ya preestablecidas con otro sentido.

- En primer lugar, y en razón directa al puesto que ocupa el citado artículo 213 de la L. P. L., hay que destacar que se encuentra en la misma sección 2.<sup>a</sup>, “Casos especiales”; 2. “Despidos”, del título I, “Ejecución de sentencias”, del libro IV de la ley, “De las ejecuciones”, o sea dentro de la llamada ejecución de sentencias de despidos, pues es un artículo escrito a continuación de los examinados, 208 a 212.
- El supuesto, por tanto, hace mención a idéntica causa conflictiva: Casos en que por sentencia firme se declare improcedente

el despido de algún trabajador; esto es, la misma plataforma fáctica acaecida a propósito del despido improcedente, o sea, cuando la empresa resuelve unilateralmente la relación sin apoyarse en justa causa, que a tenor de la ordenación general se condena y estigmatiza.

- A continuación se advierte el sentido excepcionante de la norma, que particulariza así una regulación en méritos a una cualidad de subjetividad laboral hasta entonces desapercibida por el ordenamiento, que siempre actúa con indiferenciación de la condición de trabajador del despido. Tal cualidad se explica por estas dos circunstancias “ad hoc” concurrentes en el trabajador: En primer lugar, que desempeñe un *destino* en la empresa, voz, pues, que “nominatim” es la primera vez que se utiliza, porque anteriormente habla de “puesto de trabajo” —artículo 81 L. C. T.—, o simplemente “trabajo”, “categoría”, de su artículo 101 L. P. L., y aunque el término “destino” no sea alusivo “per se” a una diferencia básica con el de ocupación laboral o puesto de trabajo, sí ostenta ciertas resonancias que aluden a un cometido selectivo, que es la idea, a la vista de su sanción, que late en el precepto; en segundo lugar, que para desempeñar ese destino “sea preciso ingresar al servicio de la empresa por *oposición o concurso-oposición* (técnicamente, incluible en los “prevvi” o frase preliminar del contrato), conforme a los reglamentos de trabajo o a los reglamentos o estatutos particulares de aquélla; es decir, que el trabajador no haya sido contratado por el general procedimiento del exclusivo consentimiento contractual o haciendo uso de la oferta laboral a través de una directa formalización del nexo establecido, sino que debe haber superado, previamente, o una prueba de conocimientos o aptitud libre —oposición—, o conjugándose su eficacia con los méritos, además de la prueba, demostrados —concurso-oposición—, y tras su resultado positivo se ha procedido al establecimiento de la relación laboral. Sólo, pues, cuando acaecen ambas cosas funciona la particularísima dirección de la norma. Si el trabajador opta por la readmisión SERÁ ÉSTA OBLIGADA PARA LA EMPRESA, sin que proceda la indemnización a que se refieren los artículos anteriores. Se excepciona, pues, lo dispuesto NO EN LOS ARTÍCULOS ANTERIORES, sino en el artículo anterior, 212, porque será entonces cuando el Magistrado imponga ese cumplimiento “in natura”, como ya se verá.
- Finalmente, conviene subrayar que la excepción comentada tiene ese exclusivo efecto de eliminar la indemnización en el final resolutivo de la ejecución de la sentencia, y por tanto NO ALTERA el citado precepto en nada ni el mecanismo ni la atribución del derecho de opción, pues la actualización del artículo sólo será en aquellos despidos calificados improcedentes con opción laboral, o sea, cuando el demandado sea empresa de 50 o más operarios fijos. Esto es capital, porque, en cierto

modo, atenúa el relieve paradigmático apuntado de la sanción al circunscribirla sólo a las hipótesis de opción laboral.

Contemplando ahora su contenido sustantivo destaca, en consecuencia con lo apuntado, que su fisonomía "sui generis" no funciona sino hasta el final del proceso, porque el mismo se ha tramitado igual a los casos generales; o sea, iniciado por resolución unilateral sin justa causa, se interpone la demanda de despido por el trabajador, en cuyo juicio acredita esa inexistencia, así como la cualidad de destino desempeñado a través de un ingreso por oposición o concurso-oposición, se dicta la resolución de improcedente, y ÚNICAMENTE si la demandada cuenta con 50 o más operarios se otorgará la opción al trabajador, quien, a su vez, si elige por la readmisión, procederá esta imposición coactiva de cumplimiento "in natura". Tres cuestiones parece que resaltan, y que han de abordarse:

aa) *Problemática de su casuística aplicatoria.*

Se precisa, pues, que el despido se haya producido cuando el trabajador desempeñaba el destino para cuyo cometido se requirió un ingreso por oposición o concurso-oposición; esto es, se resuelve por la empresa ese destino, esa ocupación laboral concreta. Esto es muy delicado, y lo afirmado responde a un simplista comentario sobre la hermenéutica del 213, pero, a veces, puede encerrar una cuestionabilidad preocupante. Por ejemplo, ¿funcionará el 213 únicamente cuando el trabajador despedido desempeñe exactamente el mismo destino para el que precisó la oposición o concurso-oposición?, y de consiguiente, ¿funcionará a no cuando dicho trabajador, aunque originalmente ingresó por oposición o concurso-oposición, actualmente desempeña otro destino alcanzado por promoción o ascenso? Como se ve, el problema es de cierta dificultad, porque en la práctica la segunda hipótesis, que es la controvertida, se dará con relativa frecuencia. La respuesta a la pregunta primera es parcial, o afirmando una realidad indiscutible: El 213 y su correspondiente garantía ciertamente se aplicarán cuando el puesto de trabajo desempeñado por el despedido sea el mismo del destino o de su ingreso originario por oposición o concurso-oposición; esa es la resultante literal y diáfana. En cuanto a si la garantía persiste cuando ya en el proceso se debata un despido de trabajador ingresado al servicio de la empresa con esas observancias de aptitud, pero que actualmente no desempeña igual cometido o destino al originario de ingreso, hay que responder:

- Lo que interesa demostrar en el proceso para la incidencia del 213 es que el ingreso al servicio de la empresa se hizo por oposición o concurso-oposición; éste es el factor concluyente y condicionante de las demás consecuencias, para lo que el elenco de instrumentos de prueba que el precepto indica es suficiente. Acreditada, pues, esa cualidad profesional, se estará ya dentro de la órbita del artículo.
- Si, en su caso, asimismo se prueba que el *actual destino*, aun-

- que no es idéntico al primitivo, pero se ha conseguido por el trabajador siguiendo el cauce ordinario de promoción o ascenso existentes en la plantilla de la empresa, igualmente prevalecerá la proyección del artículo 213, porque ese nuevo destino tiene su causación en el destino de ingreso contemplado por el precepto, y, por tanto, devenido por un fenómeno regular de innovación laboral, gozará de las mismas garantías.
- ¿Qué ocurrirá si previamente al despido y después del ingreso por oposición o concurso-oposición el trabajador voluntariamente cambia su puesto de trabajo por otro más conveniente a sus intereses económicos o profesionales? La diferencia aquí con el precedente radica en que el destino percutido por el despido no es el de ingreso, por ese cambio de voluntad, mientras que en el anterior el cambio obedeció a una promoción o ascenso de categoría; nos parece que, no obstante, la solución ha de ser idéntica, porque ya se trate de permuta voluntaria de puesto de trabajo, ya sea ascenso en la categoría —también de operatividad deseada por el trabajador—, al haber acontecido ambos cambios con la equiescencia de la empresa y de común acuerdo, no debe luego ello esgrimirse para cercenar la garantía del 213, empequeñeciendo su alcance, sobre todo al ser idéntico el cauce de ingreso por oposición o concurso en la empresa.
- Otra solución sería si, por ejemplo, previamente el trabajador, con renuncia expresa al puesto de destino obtenido por oposición o concurso, solicita un traslado o cambio conociendo de antemano la desaparición de sus derechos al punto; si luego es despedido en el actual trabajo por la misma empresa, no cabe la aplicación del precepto; claro está que en el asunto ha de evitarse cualquier suspicacia o riesgo en la conducta del empresario que incitase soterradamente y con estímulos ciertos al trabajador a citado cambio, para luego proceder a su despido ya sin el peso del 213. La realidad puede brindar hipótesis como las señaladas, ante las que siempre el órgano jurisdiccional debe calibrar si en el acontecimiento generador del cambio de destino la empresa lo ha interferido con una suerte de acciones fraudulentas atrayentes del estigma del “despido preconstituido”, y sólo cuando compulse esa inexistencia, así como que el trabajador reflexionó sobre la pérdida de derechos contenidos en el 213, tal vez inclinarse a su inaplicación. En ello, en fin, y como siempre ocurre en el Derecho, el baremo de normalidad de acontecimientos será el decisivo; en otras palabras, si el Magistrado especula y se plantea el fenómeno, comprobando si la innovación de destino así ocurrido responde a lo que cualquier otra persona hubiera hecho en circunstancias análogas, entonces, según sea su respuesta, así estimará que el cambio fue prístino o, por el contrario, que se manipuló con esta idea “preconstituida” empresarial, y respectivamente inaplicará o atraerá la sanción referenciada.

bb) *Procedencia del trámite de ejecución de sentencias. De despido.*

La segunda cuestión que plantea el precepto es si con su previsión se precisa, en el caso de que se trate, agotar el trámite señalado en los artículos 208 y siguientes sobre ejecución de sentencias de despido improcedente, o si, en cambio, tras la sentencia entrará directamente en funcionamiento la norma. En el primer caso, entonces, el 213 reemplaza sin más al 212, y el Magistrado en vez de su resolución sustitutiva de resarcimiento impone el cumplimiento específico de la readmisión; en el segundo no hará falta el trámite de ejecución, y sólo basta con que se aplique a seguido el 213. Por el mismo encaje sistemático del artículo, dentro de la ejecución de despidos, parece que siempre procederá agotar el trámite de ejecución, a lo que conduce la literalidad del artículo, que únicamente excepciona al final "sin que proceda la indemnización a que se refieren los artículos anteriores", o sea, aparta sólo la indemnización, pero no el trámite; la referencia a los artículos anteriores es inexacta, porque el único que habla de indemnización, que es lo salvado, es el 212. Nos inclinamos, pues, en que juega el 213 en lugar del 212 y se agote el trámite de ejecución.

cc) *Incumplimiento empresarial de la obligación de readmisión: procedimiento coactivo.*

¿Qué ocurrirá si, a pesar de la obligación impuesta jurisdiccionalmente del artículo 213, el empresario se resiste a cumplirla? Esta inobservancia empresarial es perfectamente dable, al igual que acaeció su resistencia por cumplir la readmisión del trabajador despedido cuando éste optó por el reingreso, y para cuya ejecución precisamente están los artículos 208 a 212 de la L. P. L. La ley sobre el asunto no prevé la posibilidad, siempre verosímil, de este incumplimiento, por lo que habrá de rellenarse el correspondiente vacío. Al punto se pregunta, ¿es viable la coactividad máxima que constrña al empresario a la readmisión?; en caso contrario, ¿cuál será la última decisión y de qué contenido del conflicto?, ¿cuáles serán los trámites para su ejecución, los repetidos de la ley o los generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil? Las respuestas asimismo se concatenan:

- De nuevo surge el reencuentro con el personalismo del contrato, por lo que no es defendible la tesis de la coactividad máxima que anule la libertad del empresario; no hay base jurídica para forzar a quien no quiere a mantener a alguien a su servicio. No es posible, pues, el cumplimiento coactivo "in natura". En ello el peso de las advertencias al efecto del Derecho común es ineludible.
- Las fórmulas integradoras de ese vacío siempre han de partir de que se trata del incumplimiento de una obligación de hacer, aunque se haya constituido "ope sententiae" en base a un precepto de "ius cogens"; la panorámica fáctica es exactamente igual a la del rehuso de la readmisión en los despidos en gene-

ral, con la diferencia de que aquí el legislador prevé la ordenación de los artículos 208 y siguientes, mientras que en este supuesto no hace previsión alguna; puede, de consiguiente, ante ese incumplimiento, o acudirse a reproducir el trámite laboral de ejecución que siempre terminará en la resolución del 212, o en virtud de la sanción del 1.098 del C. c., acudir a los trámites de ejecución de las sentencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 923 y siguientes. Por ambos cauces se llega a igual resultado: reemplazar el cumplimiento "in natura" por el sustitutivo impuesto de tipo reparador o de resarcimiento. Ante el silencio parece más útil e ilustrativo reproducir el trámite laboral. En todo caso, la sentencia o resolución de la ejecución acogerá un "quantum" expresivo y bien condonatorio de la empresa, y satisfactorio del trabajador, sirviéndonos de ejemplo la reforma del 212; si entonces se habló de dos y seis años en sus límites mínimo y máximo, parece prudente que para evitar el riesgo de inexistencia del límite mínimo, y que la calidad de ingreso por oposición o concurso es predictable en los casos de su mecanismo, la indemnización en cuestión discurrirá entre cuatro y ocho años; se elevan los topes en razón no sólo a un incumplimiento empresarial aún más reincidente —pues se añade la inobservancia del 213 al cúmulo de preceptos que le obligaban—, sino a que el baremo satisfactorio del trabajador ha de ensancharse por su mayor complejidad profesional y los firmes y costosos atributos que adquirió para ejercer su trabajo al superar las pruebas indicadas.

Finalmente se subraya que la sanción del 213 es plausible en cuanto representa una ostensible preocupación del legislador patrio por asegurar la estabilidad laboral de ciertos trabajadores; su idea, convenientemente ensanchada, que también identifique la calidad de la aptitud previa por una eficiencia demostrada o conducta intachable, podía asimismo aplicarse a otros casos de despido, con lo que se disiparía la, acaso tal vez exagerada, acusación de exponente de un clasismo tutelador de la ley, que oscurece su general información garante de los derechos laborales, al ser su "ratio legis" la especial protección de quien ostenta una idoneidad para el trabajo oficialmente demostrada.

c) Alusión a los artículos 214, 227 y 228 L. P. L.

Se estudian simplemente por contener, asimismo, disposiciones sobre el despido improcedente, con lo que de esta forma se agota la ordenación "de lege data" de esta institución.

*En el artículo 214 se dice:* "Cuando recaiga sentencia firme en la que se declare la extinción del contrato de trabajo, si el trabajador ocupaba vivienda por razón del mismo deberá abandonarla en el plazo fijado en el último párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrato de Trabajo. SI EL DESPIDO SE DECLARA IMPROCEDENTE y no se opta por la readmisión, el Magistrado, si existe motivo fundado, podrá prorro-

gar dicho plazo por dos meses.—Una vez transcurridos los términos del párrafo anterior, el empresario podrá solicitar de la Magistratura la ejecución mediante el oportuno lanzamiento, el que se practicará seguidamente, observando las normas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

Previene el precepto, pues, la eventualidad del trabajador que ocupe una vivienda por razón de su trabajo y posteriormente se extinga su relación laboral; naturalmente, entonces, y siendo ese disfrute de la vivienda consecuencia de su cualidad de trabajador, también debe extinguirse este disfrute. Sobre el precepto pueden hacerse estas observaciones:

- Que la remisión que hace al último párrafo del artículo 52 de la L. C. T. hay que entenderla en ese estricto sentido, o sea, que extinguida la relación laboral, y con la salvedad al despido improcedente, el trabajador abandonará su vivienda cuando transcurra un mes después de la extinción; de nuevo el artículo 52 habla de rescisión del contrato de trabajo, con evidente y denunciado ya desacuerdo. Por lo tanto, la hipótesis contemplada en esta norma de que el patrono alquile al trabajador una vivienda, y se controle el importe de su alquiler, no tiene por qué siempre ocurrir, ya que basta contemplar el contenido del artículo 37 de dicha ley para afirmar que, a veces, dentro de uno de los conceptos integrantes del salario se encuentra el disfrute de vivienda, en cuyo caso será sin alquiler alguno; en todo caso, ese plazo de un mes será aplicable.
- La excepción comentada se refiere a cuando la resolución del contrato lo haya sido por despido y éste se haya declarado en la sentencia improcedente; la sanción al respecto consagra una garantía protecciónista para el despedido al establecerse la posibilidad de prorrogar ese plazo de un mes por otros dos; mas esta posibilidad se matiza por dos circunstancias: 1) Que no se haya optado por la readmisión, y habida cuenta el juego de la opción causante, hay que inquirir que ese efecto puede ser debido o por la opción empresarial en empresa de menos de 50 operarios fijos cuando elija la indemnización fijada —hipótesis habitual— o por la opción laboral, en empresa de 50 o más trabajadores, cuando el trabajador elija la indemnización, por lo que su incidencia es total con independencia de la atribución opcional, siempre que ésta elimine la alternativa “in natura” de la sentencia. 2) Que así lo acuerde la discrecionalidad judicial, cuando el Magistrado crea existe motivo fundado; aunque en la práctica el temor que se apunta se disipa por el celo jurisdiccional, que siempre otorga esa prórroga a favor del despedido sin causa justa, debía, desde luego, consagrarse por la ley en modo imperativo mentada prórroga, sin permitir el quizá insólito criterio del que juzgue en contrario. Ello, porque se entiende que la serie de quebrantos padecida por el despedido sin justa causa podría paliarse si en este par-

ticular, y suponiendo que la vivienda en cuestión cumple para él y su familia una función vital, el legislador impusiera una continuidad locacional o gratuita hasta que prudencialmente resolviera su situación. Piénsese que el uso de vivienda se engarza intensamente en su necesidad sentida en el cúmulo de medios precisos para subsistir. Y es más, "de lege ferenda", no sólo esa línea imperativa apuntada, sino, además, se debería ampliar esa prórroga durante el plazo de un año, lapso cronológico de carácter satisfactorio para el trabajador despedido.

- El lanzamiento final aludido se practicará conforme a los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 1.595 y siguientes.
- Y por último, se subraya que el disfrute de vivienda por el trabajador por razón de su actividad laboral es fenómeno tan corriente que en la propia Ley de Arrendamientos Urbanos se excluyen de su órbita las locaciones correspondientes; esta salida de la legislación especial es la que permite, en coherencia legislada, la particular conformación del artículo 214 de la L. P. L.

*El artículo 227 de la Ley de Procedimiento Laboral dice: "En los juicios en que se ejerciten acciones derivadas de despido improcedente, cuando la sentencia de la Magistratura fuera favorable al trabajador y el empresario interpusiera alguno de los recursos autorizados por la Ley, éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que viniera percibiendo con anterioridad al hecho del despido, y continuará el trabajador prestando sus servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna."*

El precepto referenciado contempla la situación que puede producirse, en la realidad, cuando, y tras haberse dictado una sentencia en que se declare el despido improcedente, el empresario interponga un recurso de suplicación contra la misma, resolviendo la problemática de la relación laboral en lo concerniente a las circunstancias en que queda el trabajador durante el tiempo de tramitación del recurso. La sanción, desde luego, es ajustada, pues agota los distintos intereses en conjunto, acoplando unas fórmulas, que, como se dice, son correctas. En efecto:

1.º) Satisface la situación del trabajador durante dicha tramitación, porque, es obvio, que habiéndose ya, por la empresa, resuelto unilateralmente el contrato, y como la sentencia que declara el despido improcedente no es firme, se proclame que ha de mantenerse la "indemnización complementaria" fijada por el artículo 104, y, en esa idea, se obliga al empresario a continuar satisfaciendo al trabajador recurrido la misma retribución que viniera percibiendo con anterioridad al hecho del despido; se estructura así una carga económica para el empresario, porque precisamente al recurrir éste voluntariamente de la sentencia dilata la firmeza de la misma y, por

tanto, su ejecutoriedad, todo lo cual, no puede perjudicar los derechos salariales del trabajador injustamente despedido.

2.º) Se tutelan también los intereses de ese empresario recurrente, concediéndole una opción legal: *a)* Por un lado, al preceptuarse la alternativa general de que el trabajador continúe prestándole sus servicios, o sea, realizando los hechos causantes de la retribución que se señala; *b)* O bien, si el propio empresario lo prefiere (y sin duda para abarcar aquellas hipótesis extremas en que, roto el personalismo contractual en la representación contemplativa patronal, y, acaso, por el acaecimiento de unas motivaciones socio-laborales o incluso psicológicas, aconsejan la no continuación del trabajador en la empresa) permitiéndose el abono de la citada retribución sin la debida compensación servicial.

Se insiste, pues, que el artículo 227 es uno de los que prestigian, indudablemente, la capacidad previsora y de tutela social del legislador patrio.

*En el artículo 228 se dice:* "Si en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior se presentase petición del trabajador, por escrito o por comparecencia, con el fin de exigir del empresario el cumplimiento de aquella obligación, el Magistrado elevará suplicatorio al Tribunal Central o al Tribunal Supremo, según proceda, exponiendo el hecho y reclamando certificación de la sentencia para resolver con jurisdicción propia.

Remitida la certificación por el Tribunal Superior o con vista de copia autorizada que ya obrase en la Magistratura, por ésta, oídas las partes, se resolverá sin ulterior recurso."

Finalmente el artículo 228 contempla el resto de incidencias que pueden darse para el cumplimiento de lo establecido en el artículo precedente, y así, en consecuencia, puede ocurrir:

1.º Que las circunstancias de la relación laboral, una vez surgido el supuesto de hecho del artículo 227, o sea, el recurso empresarial, se ajusten a lo que normalmente se prevé: que el propio recurrente y hasta el mismo trabajador recurrido, y tras la presentación del recurso, se pongan de acuerdo para que por el primero se satisfaga la retribución y por el segundo se continúe trabajando, salvo que el empresario prefiera retribuir sin la prestación de los servicios, todo ello mientras el asunto continúe "sub-judice". Esta normalidad y voluntario acatamiento del 227, ocasiona la inaplicación, por inútil, del 228.

2.º Que no ocurra esa normalidad: es decir, que tras la presentación del recurso, las partes no se hayan puesto de acuerdo para el acatamiento de lo establecido en el 227; en esta hipótesis, el artículo 228 presupone que ya los autos se hayan elevado por el Órgano "a quo", al Tribunal Superior, tras los trámites previstos en los artículos 154 a 159 de la Ley de Procedimiento Laboral, siendo, por ello, pertinente la remisión del suplicatorio a que se hace referencia en el precepto; naturalmente, si cuando se presenta la petición del trabajador o la comparecencia, aún no se hubiesen remitido los autos al Tribunal "ad quem", no será preciso dicho suplicatorio, puesto

que el Magistrado los tiene a la vista para la resolución que se previene en el último párrafo de este artículo. En definitiva, en una y otra hipótesis, la ulterior tramitación responderá a la siguiente dualidad: *a)* Cuando la anormalidad inicial obedezca a una simple falta de contacto entre las partes o tal vez desconocimiento de la normativa del 227: parece ser que, entonces, la lógica de los acontecimientos, permitirá que el simple traslado de la petición del trabajador al empresario, conduzca a éste a la obediencia del 227, acogiéndose a la electividad ya razonada; en nuestra opinión, si esto es así y así se cumple, no se estima preciso dictar resolución alguna por la Magistratura. *b)* Si la normalidad respondiera a una resistencia empresarial por acatar el artículo 227, será, entonces, cuando juegue plenamente el inciso final del 228, y, de consiguiente, previa citación de las partes, se celebrará una comparecencia, en donde el Magistrado, oyendo a los interesados, y cualquiera que fuese lo alegado por el empresario para no cumplir la sanción del 227, impondrá a éste su observancia por resolución o el auto correspondiente. La ejecución de lo resuelto no presentará otras dificultades que las propias de las resoluciones firmes dictadas en materia de despido, según su particular contenido.

*c)* Creación de un Fondo Asistencial a favor de estos despedidos. Funcionamiento.

Es la última de las “posibles fórmulas de *lege ferenda*” que se nos ocurre intentar con el objetivo de amortiguar los menoscabos o situación de desamparo que en la práctica padecen los trabajadores que, a pesar de haber obtenido una sentencia favorable de despido improcedente, se resuelven sus respectivos contratos por el ejercicio de la opción establecida.

La ventaja, como se verá, de esta aportación es que en ella cabe *mantener* la legalidad vigente en torno al despido, ya que sus consecuencias materiales se cubrirían mediante el establecimiento de dicho Fondo Asistencial, y que por naturaleza habría de adscribirse, dentro del Ministerio de Trabajo, a la Dirección General de Empleo.

Sus notas funcionales podían ser:

**1) Cobertura salarial durante un año.**

Con la precitada localización administrativa su cometido asistencial tendría por finalidad atender las necesidades sentidas por los trabajadores que, aunque han obtenido una sentencia favorable declarando su despido como improcedente o sin causa justa, y además, habiendo prestado sus servicios como fijos en la empresa condenada, se ha resuelto su relación de trabajo por el juego de la opción; y con la idea de precisar aun más el alcance de la protección, se establecería que, debiendo abonar el organismo citado en todo caso los salarios correspondientes a tales trabajadores durante el tiempo de un año a partir del despido —objetivo asistencial predominante—, se satisfaría por la empresa, además y en su caso, el exceso de las indemnizaciones superiores al año; la percepción de esa cobertura se

realizaría mensualmente, y siempre y cuando el trabajador no encontrara en ese plazo del año otro trabajo adecuado, para controlar lo cual se impondría a las empresas la obligación de comunicar al Fondo los nuevos contratos celebrados por las mismas. Por supuesto que mientras persista citada asistencia el trabajador tutelado disfrutará de todos los beneficios existentes en la Seguridad Social del país.

## 2) *Intercomunicación con las Oficinas de Colocación Obrera.*

Con el fin de amortiguar las cargas económicas del Fondo, y como se ha dicho que el límite anual de cobertura cedería en el caso de que el asistido encontrara otro puesto de trabajo, sería conveniente que estos trabajadores despedidos gozasen de una preferencia especial para ocupar eventuales puestos que se produjeran dentro del mercado laboral, a cuyo efecto y mediante una detallada conexión con las Oficinas de Colocación vigentes podría obtenerse un resultado consecuente. Porque se subraya que el Fondo no sirve para mantener la holganza, sino con el teleologismo satisfactorio de cubrir la orfandad de estos despedidos sin justa causa.

## 3) *Financiación económica: Aportación pública y cuotas empresariales (reenvío al "quantum" racional).*

Naturalmente que la sugerencia que se apunta encontrará los obstáculos insalvables de la financiación por su correspondiente gravitación económica. Al efecto, podrían ser soluciones concurrentes que el mantenimiento dinerario del mismo, para afrontar las cargas de cobertura salarial expresadas, fuese por este doble cauce: 1) En primer lugar, y por el carácter administrativo del Fondo y su adscripción al Ministerio de Trabajo, dada su indiscutible operatividad de política social, gozaría de los fondos públicos actualmente destinados para paliar el paro obrero, convenientemente incrementados; es conocido el dato, de meritorio acierto, de las ingentes sumas que el Gobierno dedica para afrontar el problema del paro, por lo que, representando estos despidos una eventualidad semejante, el destino parcial de esos fondos no desvirtuaría su cometido de origen; la aportación suministrada por esta vía alcanzaría el 50 por 100 de las necesidades previstas para la cobertura salarial de cada año. 2) En segundo lugar, el otro 50 por 100 se lograría merced a la directa percepción de las empresas afectadas en los despidos decretados. O sea, toda empresa condenada por un despido improcedente estaría obligada a ingresar la mitad de las indemnizaciones fijadas de UN AÑO de salario en la sentencia cuando la alternativa elegida fuese la sustitutiva del resarcimiento. Esta implicación empresarial en la financiación del Fondo se justifica por varias razones: a) Por descargar en forma ostensible la dedicación de ingresos públicos para semejante menester y posibilitar con ello el engarce del organismo con los correspondientes que existen a la sazón sobre ayudas al paro obrero. b) Porque así resultan gravadas materialmente por resoluciones de despidos improcedentes, a consecuen-

cia de haber sido ellas las únicas causantes de la situación laboral remanente de desempleo. *c)* Porque, en otro sentido, se les libera en la mitad justamente del importe indemnizatorio fijado de UN AÑO en las sentencias, con lo que por este otro camino se viabilizan las fórmulas expuestas sobre elevación racional de los límites inferiores y superior de las indemnizaciones, perdurando, no obstante, su objetivo satisfactorio ineludible. *d)* Porque a través de esta participación económica de las empresas causantes del desempleo cubierto por el Fondo, éste no viene a sustituir torpemente lo que es efecto de una conducta injusta, ni deja impune su pertinentes gravamen económico: Si el patrono provocó el despido injusto, debe pechar con sus consecuencias, aunque sea en parte. De lo contrario no habría justificación posible para el organismo, que sólo, entonces, acunaría una institución de privilegio o refugio financiero de las empresas. 3) Se resalta que su participación en el 50 por 100, aparte de coadyuvar en la financiación del Fondo, representa el montante que en la praxis traduce un juicio de rehuse y condenatorio, y su reducción en la mitad se justifica porque a su socaire se facilita el incremento indemnizatorio antes apuntado, con lo que casi habría base para entender que un sistema legal adecuadamente reformado al punto provocaría parecida incidencia económica a la vigente para las empresas, y todo ello, claro está, con independencia de su responsabilidad exclusiva por el exceso en las indemnizaciones superiores al año, como se ha dicho.

En definitiva, se subraya que la creación de un Fondo Asistencial como el delineado cubriría perfectamente la situación del trabajador despedido, y, además, que su eficiencia oportuna le respaldaría ante cualquier riesgo de insolvencia —al igual que hoy establece el artículo 176 de la Ley de Seguridad Social— o impago de las cantidades a cargo de la empresa afectada —sin perjuicio de sus vías de repetición—, proporcionándole, en fin, una estabilidad adecuada para afrontar su porvenir laboral con semblante de esperanza.

## CONCLUSION

Afirmar que el sistema legalmente establecido sobre el despido improcedente no colma las aspiraciones del mundo laboral; es bien notorio; precisamente el problema se agudiza por doquier, y las voces de protesta se levantan incesantemente, trascendiendo, incluso, el clamor a la prensa diaria, prueba de la actualización del fenómeno. Como ejemplos, se seleccionan, del diario "Ya" de Madrid, los siguientes:

De fecha 10 mayo 1974.—"Preocupación por el *despido libre con indemnización*.—El Colegio Oficial de Ingenieros Industriales de Cataluña pide el cambio de la legislación que ampara tales situaciones... y su Junta de Gobierno publica la siguiente nota: "Hondamente preocupados por el creciente número de despidos efectuados en estos últimos meses, a todos los niveles, incluyendo entre los despedidos un buen número de profesionales, la Junta de Gobierno de este Co-

legio Oficial de I. I. de Cataluña lamenta la indefensión en que se encuentran todos los trabajadores, profesionales y no profesionales, frente a la práctica del despido libre con indemnización, regularizado por el artículo 103 del vigente texto refundido de procedimiento laboral... Una situación que no es justa: Se da, pues la paradoja —continúa la nota— que un despido declarado improcedente por la Magistratura puede convertirse en un despido libre con indemnización, fijada ésta de nuevo por el magistrado. Todo ello está muy alejado de lo que requeriría una solución justa al despido fallado como improcedente por la Magistratura.—Por todo ello, esta Junta de Gobierno se manifiesta en contra de la institucionalización práctica del despido libre con indemnización, en la que desemboca la actual regulación jurídica de nuestro país y solicita los adecuados cambios en ella para que no se repitan esas circunstancias que actúan en detrimento de una deseada convivencia pacífica; que no puede tener más base que la justicia social.”

De fecha 21 junio 1974.—“Criterios para un replanteamiento de la regulación del despido.—El Consejo Nacional de Trabajadores estima que hay que actualizar las causas justas de despido. Equiparar los efectos del despido indirecto a los producidos por el directo.—En el tomo de conclusiones del último Pleno del Consejo Nacional de Trabajadores, que se celebró en Madrid los días 5, 6 y 7 de febrero pasado —y cuyas conclusiones han sido entregadas recientemente al Presidente del Gobierno— se apuntan una serie de criterios para la elaboración de la Ley General Básica del Trabajo... Y en lo referente al despido se habla de...: Nueva regulación de los efectos del despido, desapareciendo la posibilidad de que la empresa pueda optar entre la readmisión y la indemnización, *concediéndose dicha opción, en todo caso de despido improcedente, al trabajador*. Desaparición del trámite llamado “incidente de readmisión”, estándose en todo caso a lo resuelto por el órgano judicial en su sentencia.”

De fecha 17 noviembre 1974.—“Es hora de definir las responsabilidades en la ejecución de la política social.—El Consejo Nacional de Trabajadores denuncia: El despido improcedente, comprado mediante indemnización.—La Comisión Permanente del Consejo Nacional de Trabajadores ha aprobado, previas las deliberaciones correspondientes, un documento elaborado por el Comité Ejecutivo de dicho Consejo, titulado: “El Consejo Nacional de Trabajadores ante el momento político-social”.—Los móviles del capitalismo: Para asegurar su preeminencia “pretende establecer un desequilibrio a su favor mediante un sistema que supondría: *el despido libre* y el reconocimiento del desempleo como un estado natural de la economía... Nuestras reivindicaciones: ... Nuestra denuncia del *despido improcedente, comprado mediante indemnización*.”

De las anteriores transcripciones, en cuyo contenido laten circunstancias sociolaborales ya analizadas en el tema, destacan, por su significativo cariz, expresiones como éstas:

1) El despido libre con indemnización. 2) Concesión de la opción, en todo caso de despido improcedente, al trabajador, y 3) El despido

improcedente, comprado mediante indemnización. Esta última, sobre todo, y proveniente de un organismo tan representativo del concierto-laboral, como es el C. N. de T., es "aleccionadora" y se repite por el hombre de la calle; últimamente hasta un alto dirigente sindical, también ha hablado del fenómeno intolerable de "comprar esas sentencias de despido improcedente dictadas por la Magistratura".—No se trata, ahora, de readjustar a su exacta verdad, frases que, aunque con cierto sabor demagógico y pugnantes —por ello— con la técnica jurídica, encierran un fondo de justicia social evidente. Mas, en nuestra opinión —ya desarrollada ampliamente— la única reforma legal al sistema instituido, en pureza de juristas, no puede responder a la prohibición del despido empresarial, que es a lo que tiende esa campaña, por lo que únicamente la finalidad perfectiva ha de hallarse con las fórmulas propuestas u otras parecidas. Y no cabe esa posibilidad, porque, como se expuso, y en resumen:

El personalismo del contrato de trabajo, con un trato prestacional sucesivo o continuo, no tolera la imposición legal de su vigencia en contra de la voluntad de alguna de las partes, porque igual que "a nadie puede obligarse a prestar servicios a quien no quiera, tampoco cabe obligar a recibir servicios —y actuar en consecuencia— de aquél a quien no se quiere".

De nuevo, hay que reproducir la sanción establecida en los artículos 1.098 del Código civil, en relación con los 923 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil, como regulación general del problema, que hasta la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, recoge en su ordenación sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos en el artículo 108-2.<sup>º</sup>: "Si la obligación personalísima consistiera en un hacer, y no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y exacción se procederá en vía administrativa."

Y tengase en cuenta que se trata de una actuación de la Administración imponiendo una conducta a un particular, con base a su potestad reglamentadora, la cual, por el precepto indicado tampoco admite la coactividad máxima.

No existe en nuestro Derecho positivo en general, ninguna figura contractual, en la que por voluntad unilateral de alguna parte no se permita la cesación de sus efectos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial en que incurra aquel que se aparta del mantenimiento de la relación, o cuando por su incumplimiento provoca en la contraparte la resolución contractual. El asunto, sin más, transita al campo de la extinción por incumplimiento, cuyo principio normativo se encuentra en el artículo 1.124 del Código civil, de general alcance en los contratos sinalagmáticos, con independencia de la posibilidad revocatoria por la voluntad unilateral, en los de naturaleza personal. Ejemplo de la extinción por incumplimiento de firme inspiración en el citado 1.124, existen numerosos en la misma Ley de Contratos del Estado, según Decreto 923/1965: Contrato de obras, artículos 52-1, 53; Contrato de gestión de servicios públicos, artículos 67, 75-1 y 77;

y Contrato de suministro, artículo 84. En otras palabras siempre el “pacta sunt servanda” puede extinguirse por voluntad en contrario, si bien con la derivada responsabilidad patrimonial para el infractor.

Ejemplo de la posibilidad revocatoria, que también produce la extinción contractual: Contrato de donación, artículos 644 y ss.; Mandato, artículo 1.733; y Sociedad, artículo 1.700-4.<sup>o</sup>, todos del Código civil.

En ambos supuestos, es inviable una perdurabilidad “sine die” de la vigencia del contrato, aunque —se insiste— el causante de su cesación “prematura” deba responder en vía de resarcimiento económico a la contraparte, en su caso. ¿Por qué, pues, en el contrato de trabajo, contrato sin duda alguna, no va a operar el disenso particular, a través de la resolución por el despido empresarial, cumpliendo, entonces, la indemnización en su caso fijada, la función de la citada responsabilidad para el infractor? Tanto por su carácter contractual y bilateral —con el juego de la sanción del 1.124—, como, en particular, por su personalismo, atrayente de la revocación unilateral, la respuesta es acorde con dicha tesis.

Ahora bien, si por razones de justicia social, de tutela máxima al trabajador, causa del intervencionismo estatal, o por custodia del bien común o paz comunitaria o, incluso, porque en base a las nuevas corrientes sobre la reforma de la empresa, debe considerarse el trabajador partícipe en su patrimonio, se entiende que no es suficiente el acoplamiento de las “fórmulas correctoras atrayentes de la indemnización satisfactiva para el trabajador” —de que se habló—, y se aspira a instituir un sistema legal de despido prohibido, entonces, los mismos principios informadores de esa alta política habrán de imponer sus dictados a las empresas, a manera de auténticas “expropiaciones” de su libertad o capacidad contractual; pero, en esa hipótesis, también, se producirá el ocaso y fin del contrato de trabajo; porque, o se sigue llamando “contrato” y no cabe tal coactividad, o deja de serlo, en cuyo caso, el control del Estado será tan absoluto que, totalmente, ordenará las vicisitudes de la relación laboral, creándose, por ello, la especie de Institución legal según el molde clásico de que hablara Mauricio Hauriou.



# Las acciones sin voto

CARMEN ALBORCH BATALLER

Doctor en Derecho  
Profesor Adjunto interino de la Facultad de Derecho de Valencia

SUMARIO: A) PLANTEAMIENTO.—B) CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LAS ACCIONES SIN VOTO.—C) CARACTERISTICAS DE LAS ACCIONES SIN VOTO: a) CONDICIONES O REQUISITOS PARA SU EMISIÓN: 1. *Emisión facultativa o voluntaria.* 2. *Emisión reservada a las grandes sociedades anónimas.* 3. *Límite de emisión: legal o estatutario.*—b) DERECHOS PATRIMONIALES ATRIBUIDOS A LAS ACCIONES SIN VOTO: 1. *Privilegio en la distribución de beneficios: su problemática;* 1.1. El dividendo preferente y las reservas estatutarias. 1.2. Consecuencias de la no satisfacción del privilegio. 1.3. Supresión o limitación del privilegio.—2. *Privilegio en la cuota de liquidación.* 3. *Derecho de suscripción preferente: medida y extensión.*—c) DERECHOS POLITICOS O ADMINISTRATIVOS: 1. *Derecho de voto.* 2. *Derecho de asistencia, información e impugnación.*—D) CONTROL DE LA ACTIVIDAD SOCIAL Y TUTELA DE LOS ACCIONISTAS SIN VOTO.—E) CONSIDERACIONES CRITICAS EN TORNO A LAS ACCIONES SIN VOTO.—F) ULTIMAS CONCLUSIONES.

## A) PLANTEAMIENTO.

Después de una larga evolución de la sociedad anónima, en la actualidad aparecen o se agudizan fenómenos ya existentes, que de alguna forma modifican el contenido o la estructura de la sociedad anónima en general y fundamentalmente de la gran sociedad. Todo ello repercuten en el ámbito de los derechos de los accionistas, en la estructura de los órganos sociales y entre ellos la Junta general en la que los accionistas deben ejercitar su derecho de voto.

De la atenta observación de la realidad de las sociedades anónimas podemos destacar, por lo que ahora nos interesa, los siguientes fenómenos que vamos a señalar someramente: la existencia de dos clases de accionistas, distinción que se basa en los distintos móviles o intereses que les conducen a integrarse en una sociedad y en definitiva en atención a la participación efectiva en la gestión y control de la misma. Por un lado, los grandes accionistas que representan o se identifican con el capital de mando o dirigente, controlan el funcionamiento de la sociedad y ocupan una posición de dominio en la misma. Pre-

tenden, en definitiva, la consecución de una mayor consolidación y estabilidad de la sociedad; un aumento del volumen de capitales que a través de distintos procedimientos estos accionistas dirigen o controlan, así como las posibilidades de explotación de los mismos. En segundo lugar, los pequeños accionistas, ahorradores o rentistas, representan el capital de ahorro o monetario, precisamente porque efectúan sus inversiones con la finalidad de obtener rentabilidad, que se traduce en la percepción periódica de dividendos, y/o en la revalorización de su inversión. Estos últimos accionistas se abstienen en general de participar en las decisiones referentes a la política o funcionamiento de la sociedad, precisa o fundamentalmente por la causa de su participación en la misma, junto con otro tipo de motivos, en la mayoría de las ocasiones de orden secundario y de distinta naturaleza (1).

Todo ello provoca una disociación entre la propiedad o participación en el capital social y el control de la sociedad que es ejercido por los grandes accionistas, quienes constituyen el grupo de mando de la sociedad y deciden su funcionamiento. Ayudados o en íntima conexión con el Consejo de Administración ejerce un poder muy superior al que les correspondería, teniendo en cuenta la magnitud o cuantía de su inversión en la sociedad. Deciden el destino social y arriesgan no ya su propio capital, sino el de una gran cantidad de pequeños inversores. Por la difusión de las acciones entre el público, la verdadera mayoría de la Junta general se encuentra dispersa, mientras que la minoría unida puede elegir o marcar las directrices de la sociedad, consiguiendo que su voluntad permanezca y prevalezca como la voluntad social (1 bis).

(1) En opinión de GALGANO, *Società per azioni e classi sociali*, Riv. delle soc., 1972, págs. 965 y ss., no se puede comprender la realidad histórica de la sociedad anónima, ni la disciplina legal, si no se tiene presente la distinta función que va unida a la posesión de las acciones. La contraposición entre capital dirigente y capital monetario es, desde los orígenes de la sociedad anónima, una contraposición entre clases sociales antagónicas, que tiende a perpetuarse en la época actual. A una conclusión semejante llegamos en el capítulo I de nuestra tesis doctoral.

(1 bis) El fenómeno del abstencionismo del accionista, y más ampliamente la problemática actual en torno al ejercicio del derecho de voto del accionista en las grandes sociedades, es tratado en el capítulo 1.º de nuestra tesis doctoral. El derecho de voto del accionista en la sociedad anónima: Sustentos especiales.

Sobre el abstencionismo, Vide: RIPERT, G., *Aspects juridiques de capitalisme moderne*, París, 1951, pág. 104; VIGREUX, P., *Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes. Théorie et réalité*, París, 1953, págs. 31 y ss.; BERR, C., *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales*, París, 1961, págs. 279 y ss.; HERTEUX, CL., *L'information des actionnaires et des épargnantes*, París, 1961, págs. 26 y ss.; PAILLUSSEAU, J., *La société anonyme. Technique d'organisation de l'entreprise*, París, 1967, págs. 49 y 239 y ss.; MENÉNDEZ, A., *El absentismo de los accionistas y las acciones sin voto en el Derecho europeo*. Conferencia pronunciada en la Sociedad de Estudios y Publicaciones de Madrid en marzo de 1972, en el ciclo sobre "Derecho Mercantil y la Comunidad Económica Europea" y en "Ensayo sobre la evolución actual de la sociedad anónima", Madrid, 1974.

Se trata de fenómenos irreversibles: la concentración del poder económico y el abandono del ejercicio del derecho de voto, como derecho a participar en la gestión de la sociedad, por parte de los pequeños accionistas. Estos últimos se encuentran en manos de los administradores y del grupo de control, e incluso, en manos de aquellas personas que les representan en la Junta general, grupos financieros (fundamentalmente las entidades bancarias) que pretenden intervenir en la dirección de la sociedad no con la finalidad de defender los intereses de sus representados, sino para ejercer un mayor poder económico contribuyendo a la formación de la voluntad social en las Juntas generales. Voluntad social falseada, ya que los llamados, en principio, a configurarla por su participación en el capital social, y en consecuencia, por la posesión de las acciones que les confieren el derecho de voto, no tienen interés alguno en el ejercicio del mismo. Todo ello conduce a una disfuncionalidad de la Junta general que ya no puede ser considerada como el órgano soberano de la sociedad. De esta forma la estructura de la sociedad se ha convertido en una estructura *oligárquica* en vez de *democrática* tal y como en su día fue configurada por los legisladores del siglo XIX e incluso de este siglo.

Ante estos fenómenos el legislador puede optar bien por ofrecer ciertos estímulos, que hasta el momento no se han logrado adivinar, para que los accionistas intervengan en las Juntas generales, interesándose en el funcionamiento de la sociedad u optar por la supresión o limitación del derecho de voto correspondiente a determinadas acciones. En este sentido se han introducido en Estados Unidos y en Inglaterra, como precursores, posteriormente en Alemania en la Ley de Sociedades de 1965, en el Proyecto de Reforma de las Sociedades mercantiles en Italia y en la reciente ley italiana de 7 de junio de 1974 denominada «Disposiciones relativas al mercado mobiliario y al tratamiento fiscal de las acciones» (2), las acciones sin voto como solución o respuesta a la realidad a la que nos venimos refiriendo (2 bis).

---

(2) Corrigiendo últimas pruebas de imprenta, llega a mi conocimiento la introducción en Italia de las acciones sin voto; reguladas por la Ley de 7 de junio de 1974. Por esta circunstancia y puesto que en líneas generales sigue en su contenido al Proyecto Marchetti y proyectos anteriores, en el presente trabajo nos referiremos al articulado de la Ley brevemente y cuando resulte imprescindible.

(2 bis) También están permitidas en Canadá, Japón, Panamá, Uruguay y en Argentina (ley de sociedades comerciales de 1972). En Italia estaba prevista su introducción en el artículo 41 del Proyecto de la Comisión de estudio para la reforma de la sociedad, presidida por De Gregorio. Y en el artículo 8 del Proyecto modificado por el Comité de Ministros (Anteproyecto gubernamental). En este sentido debemos aclarar que siempre que citamos en el texto el Proyecto de reforma italiano, nos referimos al Proyecto de la Comisión, que en la parte relativa a las acciones sin voto (azioni di risparmio) no ha sido modificado sustancialmente por el Comité de Ministros. Ambos Proyectos fueron ampliamente debatidos en el Congreso Internacional de estudio sobre la reforma de la sociedad por acciones, celebrado en Venecia en octubre de 1966. Se hallan recogidos en *la riforma delle società di capitali in Italia*, vol. 3º, Milano, 1968, págs. 1577 y ss. Finalmente, han sido reguladas en el Proyecto de 9-V-1973, realizado por la Comisión Marchetti.

Las acciones sin voto suponen un progreso o innovación, si tenemos en cuenta que el legislador no sólo no debe desconocer los fenómenos que se producen en la realidad, en este caso en las sociedades anónimas, sino que debe legislar en base a la misma, intentando a toda costa no ya sólo ser un reflejo de ella, sino también con la pretensión de transformarla, o por lo menos prever las mayores garantías para el correcto funcionamiento de las instituciones. En nuestro caso, o sea, en las sociedades anónimas, procurando paliar los posibles abusos o defectos que se producen o puedan producirse en la práctica.

En este sentido creemos que el legislador no debe intentar salvaguardar a toda costa el derecho de voto de todos los accionistas, que en su gran mayoría no lo ejercitan, posibilitando al mismo tiempo injerencias no convenientes para la sociedad, sino que debe proteger los verdaderos intereses que la mayoría de los accionistas consideran dignos de tutela, fundamentalmente sus intereses económicos. Si el derecho de voto concedido a cada accionista se presentaba como una forma de autotutela de sus intereses, podemos observar que el accionista de las grandes sociedades anónimas no ejerce este tipo de tutela. En consecuencia, el legislador debe establecer los medios idóneos que permitan garantizar la inversión del ahorro y los derechos mínimos de cada accionista.

Las acciones sin voto representan en cierta medida una pretensión de los legisladores de intentar, de alguna forma, no permanecer al margen de la realidad. Por ello consideramos que deben ser estudiadas con atención, sin que ello suponga el olvido u omisión de sus posibles aspectos críticos y desfavorables.

## B. CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LAS ACCIONES SIN VOTO

Son aquellas acciones que están desprovistas del derecho de voto y conceden a sus titulares ciertos privilegios de carácter patrimonial (un dividendo preferente y un privilegio en el reembolso del capital en el momento de la disolución de la sociedad), como contrapartida a la privación de aquel derecho. Representan la excepción más importante al principio consagrado en las legislaciones que reconocen el carácter inderogable del derecho de voto.

Dichos títulos (denominados «votless shares» en Inglaterra y Estados Unidos; en Alemania «Vorzugsaktien ohne Stimmecht», y en el proyecto italiano y en la nueva ley de 7 de junio de 1974, «azioni di

Sobre las acciones sin voto en Inglaterra, Vide, GOWER, L. C. B., *The Principles of modern company Law*, London, 1967, págs. 369 y ss. y 492 y ss. PENNINGTON, R., *Company Law*, London, 1967, págs. 184 y ss. En opinión de MENÉNDEZ, ob. cit., págs. 18 y ss., "las acciones sin voto se presentan como un mecanismo técnico susceptible de servir a finalidades diversas, nacieron con la clara intención de asegurar a determinados accionistas el poder real de la sociedad, al privar a los demás del derecho de voto, y se ha convertido después en uno de los instrumentos utilizables para superar el absentismo de los accionistas".

risparmio»), poseen la naturaleza jurídica propia de las acciones. En primer lugar, porque se computan en el capital social y, en segundo lugar, porque generalmente conservan los mismos derechos que las acciones ordinarias, excepto el de voto. Así, pues, el titular de dichas acciones continúa asumiendo los posibles riesgos sociales, en la medida de su participación. La tenencia de estos títulos protege al accionista de las posibles devaluaciones monetarias, diferenciándose en este sentido también de las obligaciones (3). El tenedor de acciones sin voto, puede ejercitarse los demás derechos derivados de la acción e inherentes a su condición, estando legitimado para la impugnación de los acuerdos sociales, e incluso se le reconoce el derecho de asistencia a las Juntas generales en ocasiones.

Sin embargo, esta afirmación acerca de la naturaleza jurídica de las acciones sin voto no es compartida por la totalidad de la doctrina.

La tesis negativa se basa fundamentalmente en que no pueden ser consideradas acciones aquellos títulos porque no confieren a su titular derechos esenciales, como el voto y/o porque los derechos patrimoniales que confieren les aproximan más a la naturaleza de los títulos de renta fija (obligaciones) que a las acciones (4). El Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo italiano (5), considera que las acciones sin voto son títulos atípicos, en cuanto les es sustraída una característica fundamental de la acción que es la participación en la adopción de los acuerdos sociales y por los derechos patrimoniales que confieren se asemejan a los títulos a renta fija (6). Según Campobasso (7),

(3) GELPI, A., *In tema di azioni di risparmio*, en "La riforma delle società di capitali in Italia. Studi e dibattiti", vol. I, Milano, 1968, pág. 291.

(4) En este sentido ARENA, A., *Spunti sull progetto di reforma della società per azioni con accenni all'eccesso di potere e alle azioni di risparmio*, en "La riforma delle società..." cit., vol. II, págs. 463 y ss., afirma que no son verdaderas acciones, aduciendo, además, que no es justo que los ahorradores ignorantes sean inducidos a engaño por la ambigua denominación legal. Este autor basa su afirmación en que las acciones pueden no conceder derecho de voto, pero no pueden denominarse así aquellos títulos que no confieren a su titular un derecho a la cuota social de liquidación. Por tanto son análogas a las obligaciones y, en opinión del citado autor, no deben recibir el nombre de acciones. En opinión de GELPI, ob. cit., dicha conclusión no es aceptable, pues descansa en una interpretación errónea del artículo 41 del Proyecto, que dispone que las acciones de ahorro son privilegiadas en el reembolso del capital por el entero valor nominal, correspondiéndole además todos los derechos de las acciones ordinarias salvo el derecho de voto. Por tanto deben denominarse acciones.

(5) Parece del Consiglio Nazionale dell'economia e del lavoro, "Riv. delle Soc.", 1966, pág. 249.

(6) En opinión de GODIN, R.-WILHELM, H., *Aktiengesetz*, Berlín, 1950, página 552, las acciones sin voto reguladas en el artículo 115 de la Ley alemana de 1937, se asimilan a los títulos de renta fija y la posición de su titular se aproxima a la de un acreedor de remuneración variable. Según HORN, N., *Les valeurs mobilières en droit allemand*, en "Le régime juridique des titres des sociétés en Europe et aux Etats-Unis. The Legal Status of Securities in Europe and the United States", Bruxelles, 1970, pág. 265, el dividendo preferente concedido a las acciones sin voto no se puede confundir con el interés fijo de una obligación.

(7) CAMPOBASSO, G. F., *Le azioni di risparmio nel progetto di reforma delle società commerciali*, "BBTC", 1969, I, pág. 80.

son títulos distintos a las acciones ordinarias, pero conservan la naturaleza del título de participación propia de las acciones y no privan a su titular del «status» de socio.

En nuestra opinión estos títulos son verdaderas acciones, y lo estimamos así no sólo por los derechos que incorporan, sino por sus características. Se trata de una clase o categoría especial de acciones que no conceden un derecho, el de voto, a cambio de cuya privación atribuyen preferencias patrimoniales. Su titular es, además, partícipe de los resultados económicos de la gestión social realizada. Los distintos preceptos que regulan las acciones sin voto continúan denominándoles acciones y a sus titulares accionistas, así como un amplio sector de la doctrina (8). Además, en determinadas ocasiones, como veremos más adelante, conceden también derecho de voto. Sin embargo, algún autor (9) considera que si el titular es privado del derecho de voto y por tanto no contribuye a la formación de la voluntad social, no es un verdadero socio, sino un asociado o una figura híbrida de accionista-obligacionista, aun a pesar de que le correspondan los demás derechos reconocidos o atribuidos al accionista ordinario.

En las sociedades anónimas existen sólo dos tipos de inversores, los accionistas y los obligacionistas, con sus respectivos derechos y obligaciones. Las acciones sin voto evidentemente no pueden considerarse obligaciones por las características que la adornan, ni por los derechos que incorporan, y en consecuencia sus titulares no pueden calificarse de obligacionistas. No existiendo un tercer tipo de títulos ni de inversores, únicamente pueden ser acciones y por tanto sus titulares serán considerados accionistas. Estos títulos atribuyen la condición de socio, cuyos derechos y obligaciones son parcialmente distintos al de las acciones tradicionales u ordinarias o de mando, pero no por ello dejan de ser una categoría especial de accionistas (10).

### C. CARACTERISTICAS DE LAS ACCIONES SIN VOTO

#### a) *Condiciones o requisitos para su emisión*

En general, las legislaciones que admiten la creación de acciones sin voto establecen unos determinados requisitos para su válida emisión, que vamos a analizar a continuación:

(8) GELPI, ob. cit., págs. 291 y ss.; VISENTINI, B., *Evoluzione e problemi della società per azioni e lineamenti generali della riforma*, en "La riforma delle società..." cit., vol. III, págs. 58 y ss.; FUNAIOLI, C. A., *Le azioni in risparmio*, en "La società per azioni nel Progetto Ministeriale di Riforma", Milano, 1966, pág. 67.

(9) SIMONETTO, E., *Le azioni di risparmio nel progetto di riforma*, en "La riforma della società..." cit., vol. III, págs. 1406 y ss.

(10) Si bien en las Sociedades anónimas existen otra clase de títulos como los bonos de disfrute y los bonos de fundador, éstos no son realmente títulos valores.

### 1. *Emisión facultativa o voluntaria*

En primer lugar, su emisión es voluntaria porque las distintas legislaciones permiten emitir acciones sin voto, a las sociedades anónimas en general o a aquellas que reúnan determinados requisitos, siempre que su creación se halle prevista en los estatutos sociales; es decir, no se impone su creación por imperativo legal, sino que únicamente se regula el régimen jurídico aplicable en el caso de que la sociedad haya decidido voluntariamente su emisión.

Ello nos plantea la cuestión que hace referencia a si dicha creación o previsión debe constar en los estatutos originarios o fundacionales de la sociedad, o si se puede prever su creación por vía de modificación estatutaria. Debemos tener en cuenta que este tipo de acciones son en algunos países de reciente creación legal. Por tanto, parece claro que si en las disposiciones transitorias de los distintos textos legales no existe una regulación expresa de este supuesto, se deberá entender que la Ley permite la creación de estas acciones en las sociedades ya existentes (para el futuro), siempre que se respete el procedimiento previsto para la modificación de estatutos, teniendo en cuenta que se trata de la creación de una nueva clase de acciones que puede afectar a los derechos adquiridos por los accionistas en general, y también el derecho de suscripción preferente de los antiguos accionistas. Si las acciones sin voto se introducen mediante modificación de los estatutos, se pueden arbitrar dos procedimientos, bien convirtiendo las acciones existentes que lo poseían en acciones sin voto, con consentimiento de los afectados, bien creando acciones nuevas sin derecho de voto mediante el aumento del capital social.

Ello plantea el problema referente a si las acciones ya existentes pueden, en aplicación de la Ley verse privadas del derecho de voto. Esto, sin duda, afectaría a sus titulares que poseen la condición de accionistas, integrada por un conjunto de derechos por ellos adquiridos. Por tanto, no podría suprimirse o privarse de un derecho esencial que confiere la acción, como el voto, sin su consentimiento. Sin embargo, si tenemos en cuenta que dichas acciones tienen como finalidad la atracción del ahorro, este supuesto no se presentará con excesiva frecuencia (11).

---

(11) El artículo 141 de la Ley alemana de sociedades exige para toda modificación de estatutos una mayoría que alcance por lo menos las 3/4 partes del capital social representado en la votación, y en su párrafo 3 establece que cuando se trata de modificar los derechos de varias series de acciones, será necesario el acuerdo de los accionistas perjudicados.

En este sentido el artículo 135 del Proyecto de reforma de sociedades italiano modificado por el Comité de ministros, prevé la posibilidad de conversión de acciones ordinarias o de voto limitado en circulación en acciones de ahorro, estableciendo la medida del privilegio y la modalidad de la conversión. El acuerdo oportuno deberá ser adoptado en Junta general extraordinaria de conformidad con el párrafo 4, del artículo 2.369 del C. c., y del artículo 10 del proyecto y observando, cuando sea necesario, el contenido del artículo 2.376. En el mismo sentido art. 14, p. 2.º de la Ley de 1974.

En conclusión, si la creación de acciones sin voto se halla regulada en los estatutos fundacionales, la modificación o alteración de las condiciones de emisión de dichas acciones deberá atenerse al procedimiento establecido en la ley para toda modificación estatutaria. Si se pretende emitir acciones sin voto durante la vida de la sociedad y su creación no se encuentra regulada en los estatutos, deberán modificarse los mismos en este aspecto y, teniendo en cuenta que la creación de estas acciones podría afectar los derechos de ciertos accionistas, por ejemplo, los que tengan privilegios patrimoniales, será necesario su consentimiento, si se aumenta el capital y se emiten acciones sin voto. Si las acciones sin voto son producto, no de aumento de capital, sino de transformación de acciones ordinarias (o privilegiadas) ya existentes o en circulación, el acuerdo deberá adoptarse en Junta general extraordinaria, con objeto de modificar los estatutos, siendo requisito necesario el consentimiento de los accionistas afectados.

## 2. Emisión reservada a grandes sociedades anónimas

En definitiva, si la problemática a la que nos hemos venido refiriendo (distintas clases de accionistas, abstencionismo, etc.) se presenta únicamente en las grandes sociedades anónimas, y constituye la causa última de la creación de las acciones sin voto, parece lógico que el legislador prevea su creación para este tipo de sociedades, a través de dos posibles procedimientos: la exigencia de un capital mínimo o bien la cotización de las acciones en Bolsa. El segundo procedimiento normalmente garantiza que se trata de una gran sociedad anónima, porque en las distintas legislaciones o se exige un capital mínimo para su cotización, o en caso contrario, como en España, únicamente se cotizan las acciones de aquellas sociedades que tienen un determinado volumen de operaciones, o sea, grandes sociedades anónimas, aunque ello no venga establecido por imperativo de la ley (arts. 26 y ss. del Reglamento de Bolsas).

La ley alemana no exige la cotización en Bolsa, sin embargo debemos tener en cuenta que el capital mínimo de una sociedad es de 1.000.000 de marcos, que si bien no es una cifra alta, de hecho en Alemania, en opinión de la doctrina (12), la sociedad anónima como institución, es utilizada únicamente para las empresas de grandes dimensiones.

El artículo 41 del Proyecto de reforma italiano y el artículo 14 de

---

(12) CAEMMERER, E., *La riforma tedesca delle societa per azioni del 1965*, en "Riforma delle societa", pág. 1535, vol. III. Afirma que el legislador alemán no tiene en consideración o no le preocupan las pequeñas y medianas sociedades anónimas, porque prácticamente su número es mínimo. Según DUDEN, K., *Il progetto italiano a la luce della recente riforma germánica*, en "La riforma delle societa" cit., vol. I, pág. 133, la sociedad por acciones es reservada en Alemania a las grandes empresas con muchos socios, mientras que la sociedad de responsabilidad limitada cumple funciones más diversas.

la Ley de 1974, permite que emitan acciones sin voto, únicamente las sociedades que coticen sus acciones en Bolsa (13).

De lo anteriormente expuesto se deduce claramente que la emisión de acciones sin voto, bien directa o indirectamente, queda reservada a las grandes sociedades anónimas.

Si la Ley exige la cotización de acciones en Bolsa como requisito imprescindible para la emisión de acciones sin voto y una sociedad deja de cotizar sus acciones, por decisión propia o por causas ajenas a su voluntad, al tenerse que convertir las acciones sin voto en acciones ordinarias, ante la imposibilidad de mantener esta categoría de acciones, creemos que la ley debería reconocer el derecho de separación de la sociedad al antiguo titular de acciones sin voto. El mismo régimen se debería aplicar cuando la sociedad redujera su capital social y la cifra del mismo resultara inferior al capital social exigido como mínimo por la ley para la válida creación de acciones sin voto.

### 3. *Límite de emisión: legal o estatutario.*

Si bien es facultativo para las sociedades la creación de acciones sin voto, ello no obstante, existen ciertos límites legales para la emisión de esta clase de acciones, que pueden revestir diversas modalidades.

En principio, las distintas legislaciones que regulan las acciones sin voto, establecen un límite máximo para el valor de la emisión de esta clase de acciones que supone un tope que no puede ser superado. No obstante, los Estatutos sociales pueden fijar un límite distinto, siempre que sea inferior al establecido por la Ley; es decir, el límite legal opera como cifra tope de emisión, si bien los Estatutos pueden establecer un límite distinto inferior, que actúa como máximo en la sociedad concreta, y para cuya alteración habrá de respetarse el procedimiento de modificación estatutaria.

Así pues, el límite de valor de la emisión de estas acciones puede fijarse estableciendo la parte alicuota de capital que representen la totalidad de esta clase de acciones, en cuyo caso su valor nominal no podrá superar una determinada cuantía o porción del capital social. Con referencia a esta cuestión el Proyecto de reforma de sociedades mercantiles italiano en su art. 41 establece como límite de emisión la mitad del capital social, sin precisar si se refiere al capital suscrito o al capital desembolsado. También el art. 14 de la Ley de 1974 establece que

---

(13) En el artículo 2 del Proyecto italiano se establece como capital mínimo doscientos millones de liras y en el artículo 44 se exige para la cotización en Bolsa que el capital desembolsado y existente no sea inferior a mil millones de liras, a condición de que los dos últimos ejercicios sociales sean cerrados en activo y los respectivos balances hayan sido regularmente aprobados y publicados. En este sentido la norma tiende a establecer un requisito diferente para las grandes y pequeñas sociedades anónimas.

Sin embargo, el artículo 138 del proyecto establece que las sociedades que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley (proyecto) cotizaban sus acciones en Bolsa, aunque no tengan mil millones de capital, se consideran admitidas a cotización.

junto con las acciones de voto limitado no podrán superar la mitad del capital social. En este mismo sentido el art. 49 de la Proposición de Reglamento del Consejo sobre el Estatuto de la sociedad anónima europea establece como condición para la válida emisión de las acciones sin voto que «su importe nominal total no pueda superar la mitad de capital social».

En estos preceptos se utiliza la expresión capital social, y por tanto se deberá entender que operará como cifra máxima de emisión de acciones sin voto la mitad del capital social nominal.

Sin embargo, si la Ley utilizara la expresión capital social desembolsado, el límite de emisión sería evidentemente, en la mayoría de las ocasiones, sensiblemente inferior, puesto que el cálculo se efectuaría teniendo en cuenta las aportaciones realmente efectuadas por los accionistas (14).

Si las acciones sin voto se introducen con posterioridad al momento constitutivo de la sociedad, mediante aumento de capital con emisión de nuevas acciones, y consiguiente modificación de los Estatutos sociales, de acuerdo con los citados preceptos, la cifra que operará como tope de emisión de acciones sin voto, será como máximo la mitad del capital social suscrito incluido el aumento. Si por el contrario, la ley o los Estatutos se refirieran a la mitad del capital desembolsado, las consecuencias podrían ser distintas, pues la cifra tope sería el resultado de la suma de la mitad del capital social anterior al aumento, más la mitad del capital efectivamente desembolsado por los socios que hubieran suscrito las nuevas acciones.

El establecimiento del límite máximo de emisión en el Proyecto de reforma italiano ha sido criticado por algunos autores, que generalmente no son partidarios de la introducción de las acciones sin voto en el ordenamiento jurídico italiano. En este sentido Franceschelli (15), afirma que una vez admitida la licitud de la creación de estas acciones no es necesario limitar la posibilidad de su emisión a la mitad del capital social, puesto que no son obligaciones, ni representan deudas contra terceros que se traten de garantizar con el capital social; Buttaro (16) argu-

(14) Si la proporción entre acciones sin voto y acciones ordinarias se establece en relación con el capital desembolsado, en principio habrá un mayor equilibrio entre aportación a la sociedad y poder de decisión en la misma. Según el párrafo 2º del artículo 139 de la Ley alemana: "Las acciones privilegiadas sin derecho de voto pueden ser emitidas únicamente por un importe total en relación con la totalidad del importe nominal de las otras acciones". El artículo 115 de la Ley alemana de 1937, párrafo 2º, establece que las acciones privilegiadas sin derecho de voto no pueden ser emitidas hasta un valor nominal global que no sobrepase la mitad del valor nominal del conjunto de las otras acciones.

(15) FRANCESCHELLI, R., *Osservazioni e critiche al progetto di riforma; opportunità di una disciplina organica delle società per azioni; oggetto sociale; pertecipazioni; clausole di gradimento; eccesso di potere; non necessita di attendere la riforma comunitaria*, en "La Riforma delle società..." cit., vol. I, páginas 304 y ss.

(16) BUTTARO, L., *Le azioni senza voto*, en "La Riforma delle società..." cit., vol. II, págs. 509 y ss.

menta que si la finalidad de las acciones sin voto es hacer posible la identificación del grupo de control de la sociedad y la asunción de responsabilidades por los accionistas que lo componen, no será suficiente que el número de acciones con voto sea reducido a la mitad del capital social, mostrándose, el citado autor, partidario de la expresa atribución de poder al grupo de control responsable, con independencia de su participación en el capital social; sin embargo, es consciente de que esta medida tendría como consecuencia inmediata el plantearse la cuestión de la responsabilidad limitada de la que se benefician las acciones de las sociedades anónimas.

Parece claro que, si postulamos la introducción de las acciones sin voto, debe existir un límite de emisión establecido en proporción con el capital social que representan, puesto que de otra forma quedaría al arbitrio de las sociedades o de sus miembros, emitir acciones sin voto que representarían la mayor parte del capital social, mientras que las acciones con voto, cuyos titulares decidirían la política de la sociedad, podrían representar una parte mínima o exigua del capital social.

Respetando el límite de la mitad del capital social (que operando como tope legal nunca debe ser excesivo), es cierto que los accionistas titulares de acciones ordinarias o con voto podrían controlar la sociedad, poseyendo únicamente los votos correspondientes a la cuarta parte más uno del capital social, en lugar de la mitad más uno necesaria para obtener la mayoría en una Junta general hipotética de una sociedad en la que no existan acciones sin voto. Sin embargo, aunque ello es cierto, en líneas generales, no es menos exacto que en la realidad, teniendo en cuenta el abstencionismo y el desinterés de los accionistas, se consigue obtener la mayoría en las Juntas generales y dominar la sociedad anónima con un porcentaje de capital social inferior no a la mitad, sino incluso a la cuarta parte del mismo, en las grandes sociedades anónimas en las que precisamente podrán utilizarse las acciones sin voto. En el supuesto de creación de acciones sin voto en una sociedad, suscribirán acciones con voto precisamente las personas interesadas en el funcionamiento de la sociedad que ejercen el derecho de voto y se podría prever que serán mucho más reales las mayorías obtenidas en una Junta general en la que participan acciones dotadas del derecho de voto, que representan la mitad del capital social, porque en definitiva decidirán quiénes hayan suscrito acciones que llevan incorporado el derecho de voto (17).

Es evidente que si los Estatutos no establecen límite para la emisión de acciones sin voto, y quiere introducirse, o existiendo, la Junta general de accionistas pretende modificarlo, deberá respetarse, por supuesto, el procedimiento de toda modificación estatutaria previsto en la Ley. Y evidentemente, como hemos dicho anteriormente, la cifra de la mitad

(17) En opinión de GELPI, A., *Le azioni di risparmio*, en "La Riforma delle società..." cit., vol. II, pág. 778. Las acciones sin voto, como institución, no pueden conducir a una represión del fenómeno por el límite impuesto a su emisión. Vide NICOLÒ, R., *Profili giuridici delle riforma delle società per azioni*, en "La Riforma delle società..." cit., págs. 77 y ss.

de capital social previsto en la ley, operará como tope máximo, siendo lícita únicamente una proporción inferior.

b) DERECHOS PATRIMONIALES ATRIBUIDOS A LAS ACCIONES SIN VOTO.

Como hemos dicho, a esta categoría de acciones, como contrapartida a la privación del derecho de voto, se les atribuye una serie de privilegios patrimoniales que consisten, fundamentalmente, en la concesión de un dividendo privilegiado o ventaja económica preferente en la distribución de beneficios, y una prelación o privilegio en el reembolso del capital, en el momento de disolución de la sociedad.

1. *Privilegio en la distribución de beneficios: su problemática.*

La concesión de un dividendo preferente a las acciones sin voto responde, precisamente, a la necesidad o conveniencia por parte de las sociedades anónimas de atraer el ahorro. Este privilegio patrimonial o dividendo privilegiado puede configurarse de forma distinta: a) Conceder un derecho de prelación o preferencia a las acciones sin voto en la percepción del dividendo, frente a las acciones ordinarias, que se hará efectivo siempre que la Junta general acuerde la distribución de beneficios; b) o bien como derecho de crédito condicionado únicamente a la aparición en el balance anual de beneficios netos o repartibles; c) concesión de una ventaja patrimonial supletoria, en virtud de la cual las acciones sin voto atribuirán a sus titulares un derecho de participación en los dividendos superior al concedido a las acciones ordinarias, tomando como medida la aportación real o efectiva.

En este sentido, el art. 139 de la Ley de sociedades alemana establece que «puede privarse del derecho de voto a acciones que gozan de una ventaja económica supletoria en el reparto de beneficios». Según el art. 41 del Proyecto de Reforma de las sociedades italiano: «el privilegio de las acciones de ahorro en el reparto de las ganancias no puede ser inferior al 5 por 100 de la correspondiente cuota de capital desembolsado y de las reservas obligatorias y facultativas inscritas en el balance...». Según el art. 15 de la ley italiana de 1974 «los beneficios netos resultantes del balance regularmente aprobado, deducida la cuota de reserva legal, deben ser distribuidos a las acciones de ahorro hasta el 5 por 100 del valor nominal de la acción».

Tomando como base de análisis estos textos observamos:

En primer lugar que existe un derecho de prelación en el reparto de beneficios que no puede ser inferior al límite mínimo establecido por la Ley. Esta cifra puede ser superada por los Estatutos sociales pero no puede ser rebajada.

En segundo lugar, el cálculo del privilegio o preferencia se efectúa no sobre el valor nominal de las acciones sin voto, sino por el contrario teniendo en cuenta el capital desembolsado de las mismas y las reservas reflejadas en el balance. En opinión de Gelpi (18), el

(18) GELPI, A., *Le azioni di risparmio...* cit., pág. 774.

cálculo se efectúa sobre el capital de la acción y las reservas constituidas con posterioridad a la aportación original de cada socio pero no sobre las reservas preexistentes, puesto que entre estas últimas y las nuevas aportaciones de capital no existe ninguna conexión, y sí por el contrario con las primeras. Por nuestra parte pensamos que el punto de referencia son las reservas constituidas por la sociedad desde su fundación, puesto que el valor real de las acciones responde no sólo a la participación que representan en el capital social (valor nominal), sino también la parte de reservas constituidas que le corresponden o que lleva incorporadas, y que evidentemente condicionan su cotización.

Se trata, en opinión de la doctrina italiana, de un derecho de prelación en el reparto de ganancias que no debe ser inferior al 5 por 100, teniendo en cuenta el capital desembolsado y las reservas resultantes del balance de cada ejercicio. No representan una prededucción de beneficios brutos, sino únicamente una prelación en la atribución de beneficios realmente obtenidos, que suponen que se hayan satisfecho todos los pasivos de la sociedad, obligaciones, constitución de reservas, etcétera, pues se trata de una inversión sometida al riesgo (19).

El establecimiento de un dividendo mínimo legal ofrece, como ha puesto de manifiesto la doctrina italiana, grandes dificultades, pues puede originar cierta rigidez en el sistema, rigidez que ni siquiera favorecería a los accionistas sin voto (20).

En este sentido, algunos autores italianos (21) han estimado inoportuna la fijación de un límite legal «a priori», considerando más oportuno que la valoración se efectúe en la Junta General. Otros autores por el contrario creen en la conveniencia de la medida legislativa. Sin duda, el establecimiento legal de un dividendo mínimo ofrece el riesgo de que la emisión de acciones sin voto resulte demasiado gravosa para la sociedad y para los antiguos accionistas (o accionistas con voto), imponiendo en cierta medida el reparto de unos beneficios que la sociedad no está en situación de distribuir. Por ello, la solución adecuada consistiría en encontrar el punto óptimo, difícil de conseguir, que impidiese la rigidez en los mecanismos de la sociedad y al mismo tiempo que ofreciese ciertos incentivos económicos a los ahorradores posibles inversores. En este sentido (22) se opina que las normas deben garantizar la percepción de un determinado dividendo, siempre que procediera de beneficios reales, de modo que el dividendo mínimo debería funcionar como un límite a la facultad de autofinanciación de la sociedad.

A pesar de las dificultades que puede crear el establecimiento por vía legal de un derecho preferente al dividendo, creemos en su conveniencia, puesto que en su defecto, o de otra forma, el accionista privado

(19) PARERE DEL CNEL, págs. 227 y ss.

(20) GELPI, A., ob. últ. cit., pág. 774.

(21) Relazione de la Prima Commissione Ministeriale per la Riforma de la societa per azioni", "Riv. delle soc.", 1964, págs. 431 y ss. En este sentido opinó uno de sus miembros.

(22) Relazione de la Prima Commissione Ministeriale, cit., pág. 435.

de voto quedaría al arbitrio de los demás socios con voto, miembros de las Juntas generales en las que él no participa y que podían sucesivamente acordar la no distribución de dividendos. Con la fijación de un dividendo mínimo y acumulable y con la cautela de hacer recuperable el derecho de voto, cuando no sea pagado por la sociedad, se puede impedir, que a las acciones sin voto se les deprima, y que las Juntas generales acuerden la atribución de unos privilegios irrisorios, como ha venido sucediendo en la práctica italiana respecto a las acciones de voto limitado, cuyo privilegio patrimonial no venía regulado por la Ley (23).

Además, para mayor garantía de las acciones sin voto el régimen jurídico que las prevea y regule debe introducir las medidas pertinentes que impidan las alteraciones y las «manipulaciones» en los balances de las sociedades y en la contabilidad en general, reduciendo el amplio margen de discrecionalidad en torno a la valoración de los elementos patrimoniales mencionados en los balances.

Con la creación de las acciones sin voto se presenta un posible punto de fricción entre, por un lado, la política de autofinanciación elegida por los administradores y los accionistas con voto y beneficiosa incluso para el funcionamiento de la sociedad y por otro los intereses y deseos de los accionistas ahorradores (24).

Del Proyecto italiano se desprende, y ésta es la opinión de algunos autores italianos, que el privilegio patrimonial consiste en el reconocimiento de una simple prelación en la percepción de los dividendos, subordinada al acuerdo de distribución de los mismos por la Junta general de accionistas. Una vez satisfecho el 5 por 100 o en su caso el porcentaje superior establecido en los estatutos, si los beneficios existentes superan la cifra total que ha de ser satisfecha a los accionistas sin voto, se repartirán entre los accionistas ordinarios, en la medida de su participación en el capital social sin superar el dividendo mínimo y posteriormente, si existe excedente, se distribuirá entre todos los accionistas respetando dicha proporcionalidad (24 bis). Algún autor italiano se muestra partida-

(23) Las acciones de voto limitado son respaldadas en el artículo 2.351º del C. c. italiano, que establece: "El acto constitutivo puede establecer que las acciones privilegiadas en el reparto de beneficios y en el reembolso del capital en la disolución de la sociedad tengan derecho de voto únicamente en las deliberaciones previstas en el artículo 2.365. Las acciones de voto limitado no pueden superar la mitad del capital social.

(24) En este sentido CAMPOBASSO, G. F., *Le azioni di risparmio nel progetto di Riforma delle societa Commerciali*, cit., págs. 69 y ss., opina que en el Proyecto italiano falta una clara delimitación de los poderes sociales sobre el destino de las ganancias que han de invertirse en reservas, dando lugar a un posible abuso de dichos poderes, puesto que el accionista no tiene instrumentos válidos para inducir a la sociedad al reparto del privilegio. Se muestra por ello partidario de introducir una prohibición legal que impida crear reservas facultativas o voluntarias, mientras no se haya satisfecho el dividendo privilegiado, así como de prohibir las participaciones en las ganancias de los administradores. Pero la autofinanciación encuentra su límite en el respeto a los derechos patrimoniales de los accionistas privados del voto y, en cualquier caso, las reservas deben resultar claramente del balance.

(24 bis) Según el art. 15, p. 2.º de la Ley italiana de 1974, los beneficios:

rio de un reconocimiento expreso de un derecho concreto al dividendo, y en este sentido Allegri (25) propugna un sistema diferente que consistiría en conceder un privilegio en el reparto de los beneficios no inferior a la media de los dividendos asignados a las acciones ordinarias en los tres ejercicios sociales anteriores al acuerdo de emisión de las acciones sin voto, suponiendo una mayor garantía para los accionistas sin voto, cuyo privilegio dependería de la anterior política de dividendos llevada a cabo por la sociedad (26).

Aunque ni en la Ley alemana ni en el Proyecto italiano se consagre expresamente, ni se deduzca con claridad de su tenor literal, creemos que el privilegio en el reparto de beneficios concedido a los titulares de acciones sin voto debe configurarse como un derecho de crédito que nace desde el momento en que en el balance de cada ejercicio se refleja la existencia de beneficios repartibles, sin que la percepción efectiva de dicho privilegio pueda subordinarse a un posterior acuerdo de la Junta general sobre distribución de beneficios. Tan sólo de esta forma la percepción del dividendo o suplemento preferente adquiere virtualidad como contrapartida patrimonial a la no posesión del derecho de voto. Si el privilegio se configura como una mera prelación en el reparto de dividendos, su efectividad estaría sometida a una doble condición: que existan beneficios y que la Junta general, en la que el accionista sin voto no participa, acordase su distribución. En este supuesto la existencia del privilegio como tal resultaría dudosa, y el accionista sin voto se encontraría totalmente en manos de la mayoría integrada por los titulares de acciones ordinarias, que podrían libremente y sucesivamente acordar la no distribución de beneficios. Pensar que el órgano encargado de la vigilancia y de la tutela de los accionistas sin voto, que debe velar por sus intereses, ha de forzar y conseguir el acuerdo de repartir el privilegio no es suficiente, si no puede obligar a la Junta general que

---

que queden después de la asignación del dividendo privilegiado a las acciones de ahorro..., son repartidos entre todas las acciones de modo que a las acciones de ahorro corresponda un dividendo total aumentado, respecto al de las acciones ordinarias, en medida equivalente al 2 por 100 del valor nominal de la acción.

(25) ALLEGRI, V., *Osservazioni sul privilegio nella ripartizione degli utili riservato alle azioni di risparmio nel progetto di riforma delle societa*, en "La Riforma delle societa..." cit., t. 2º, págs. 419-428.

(26) En opinión de SIMONETTO, ob. cit., pág. 1409, con la introducción de las acciones sin voto se impulsaría a las sociedades a que reprimieran o redujeran contablemente las ganancias, para paliar así la excesiva incidencia del privilegio en la vida económica de la sociedad.

En opinión de GRANDE STEVENS, F., *A chi sono utili le azioni di risparmio?*, en "La Riforma delle societa..." cit., vol. I, págs. 343 y ss., los privilegios son más teóricos que efectivos, dada la posibilidad de maniobra del grupo dominante de la sociedad. Por el contrario, VISENTINI, B., *Replica: opinioni e discussioni sulla riforma delle societa per azioni, in particolare: il problema delle deleghe alle banche, le azioni di risparmio, la congestione, le societa a partecipazione statale*, en "La Riforma delle societa..." cit., vol. I, páginas 362 y ss., opina que en el Proyecto se aseguran de forma correcta y efectiva los privilegios patrimoniales.

decide la distribución de beneficios, y creemos que de ninguna forma podrá hacerlo.

El privilegio debe operar como un derecho de crédito y conceder además la prelación en la percepción de dividendos mínimos a favor de los accionistas sin voto. Ello nos plantea el orden en el que se deben distribuir los beneficios. Es evidente que deberá tratarse de beneficios netos; es decir, que en primer lugar la sociedad deberá satisfacer su pasivo, los créditos contra la sociedad, los intereses, las obligaciones, la reserva legal, los bonos de fundadores, la retribución de administradores y demás gastos y costes legales. En cuanto a las reservas es claro que se destinará la parte de beneficio correspondiente a incrementar la reserva legal (26 bis).

### 1.1. *El dividendo preferente y las reservas estatutarias.*

Si por razones evidentes no puede discutirse la prioridad de la constitución de la reserva legal sobre la distribución del privilegio patrimonial correspondiente a los accionistas sin voto, mayores dudas ofrece, sin embargo, el orden en que deberán distribuirse los beneficios, cuando se hayan constituido reservas estatutarias en una sociedad que emita acciones sin voto. En este punto pueden plantear varias situaciones que en cierta medida pueden condicionar la solución del problema.

El primer supuesto sería el siguiente: la constitución de la reserva estatutaria se introduce en los Estatutos funcionales o en los Estatutos posteriores, pero con anterioridad a la emisión de las acciones sin voto, y además existe una cláusula estatutaria que preveyendo la creación de acciones sin voto dispone que en cualquier caso los beneficios se destinarán prioritariamente a la inversión en reservas, incluso prevaleciendo sobre el dividendo correspondiente a las acciones sin voto. Este caso y el de previsiones contrarias, es decir, cuando se establece que prioritariamente se pagará a los titulares de acciones sin voto y posteriormente se invertirá en reserva estatutaria, creemos que no plantea problemas y se estará a lo dispuesto en los Estatutos de la sociedad, puesto que éstos pueden establecer las condiciones en las que se constituye la reserva estatutaria, condiciones que, sin duda, fueron conocidas o pudieron serlo por los adquirentes de acciones sin voto.

La cuestión parece más problemática cuando los Estatutos se puede presentar a establecer la constitución de esta reserva, sin tener en cuenta la emisión de acciones sin voto. Como argumento a favor de la prioridad de la inversión de la parte correspondiente de beneficios en reservas estatutarias, se podría aducir que el titular de las acciones sin voto posee la condición de accionista y, en consecuencia, al participar como tal en la sociedad acepta los estatutos y se somete a lo previsto en ellos, admitiendo la existencia de la reserva estatutaria y por ello que la parte de los beneficios debe integrarse en ella antes que serles atribuidos. Quizá en contra se podría considerar que si el dividendo privilegiado de las

---

(26 bis) En este sentido es claro el art. 15 de la ley italiana de 1974.

acciones sin voto es reconocido por la Ley, tendría éste preferencia sobre la reserva estatutaria, quedando únicamente a salvo la reserva legal, puesto que su constitución se realiza por mandato de la Ley.

Otro supuesto se plantearía cuando en una sociedad se crea la reserva estatutaria con posterioridad a la emisión de las acciones sin voto. Creemos que la Junta general no podrá acordar la constitución de este tipo de reservas por vía de modificación estatutaria, si ello implica que de los beneficios obtenidos por la sociedad durante un ejercicio social se destinará preferentemente parte de los mismos a integrar dicha reserva con prelación a la distribución de los mismos a los accionistas sin voto (27). Para hacer posible y válida la creación de la reserva estatutaria, sería necesario cumplimentar el requisito consistente en recabar el consentimiento de los accionistas afectados, en este caso de los accionistas preferentes o sin voto, puesto que lo contrario podría suponer la limitación o el condicionamiento de un privilegio, e incluso la ineficacia del mismo. Se plantearía un supuesto análogo al previsto en el artículo 85, párrafo 2.º, de nuestra Ley de Sociedades Anónimas, y reconocido expresamente en el artículo 140 de la Ley alemana de sociedades de 1965. El consentimiento deberá ser expresado en una asamblea extraordinaria de accionistas sin voto (art. 141-3, de la Ley alemana) y no por supuesto en la Junta general compuesta por los accionistas ordinarios (mediante acuerdo mayoritario), puesto que ello implicaría que el acuerdo podría adoptarse aunque los titulares de dichas acciones votaran en contra, ya que las acciones ordinarias representan como mínimo la mitad del capital social y en general dominan la asamblea. A pesar de que los titulares de acciones sin voto hubieran adquirido derecho de voto en Junta general, al no haber sido satisfecho su dividendo en el plazo establecido por la Ley, será necesaria su aprobación en la Junta extraordinaria de titulares de acciones sin voto (27 bis).

Si la sociedad ha constituido reservas con la finalidad de suplir las posibles ausencias de distribución de dividendos privilegiados a los accionistas sin voto, dichas reservas serán destinadas, si los beneficios no han sido suficientes en un ejercicio social determinado, para satisfacer el dividendo privilegiado.

## 1.2. *Consecuencia de la no satisfacción del privilegio.*

Aunque las acciones sin voto se tipifican precisamente por no atribuir este derecho a sus titulares, ello no obstante, según la Ley alemana, podrán ejercitarse el voto, si el privilegio patrimonial acumulado en un plazo determinado no es satisfecho en su totalidad, aplicándose el principio de la proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto. En este sentido, el artículo 140 de la Ley alemana establece

(27) Sin embargo, si opera con posterioridad, segunda solución, no vemos inconveniente para su introducción, pues no afectaría al privilegio de los accionistas sin voto.

(27 bis) La competencia de la asamblea especial de accionistas sin voto es regulada en el art. 16 de la Ley italiana de 1974.

que: «si el dividendo privilegiado no ha sido pagado en un año, o no ha sido íntegramente satisfecho, y si el dividendo atrasado no ha sido pagado en el año siguiente junto con el dividendo privilegiado íntegro del mismo año, los accionistas privilegiados tienen derecho de voto hasta el pago de los atrasos. En este caso se deben tener en cuenta las acciones privilegiadas en el cálculo de la mayoría exigida por Ley o por acto constitutivo».

Este supuesto, que parece debe ser tenido en cuenta por el legislador, nos plantea varias cuestiones.

El dividendo acumulado como consecuencia de su no percepción en todo o en parte, durante el ejercicio o ejercicios sociales establecidos en la ley, determina que transcurrido el plazo legal el accionista adquiere el derecho de voto hasta que se le hayan satisfecho los privilegios atrasados. A nuestro entender, y en estos casos, la atribución del derecho de voto se presenta como alternativa compensatoria de la no percepción del dividendo privilegiado, la cual actuará automáticamente, puesto que la ley así lo establece y, además, porque la privación inicial del derecho de voto encuentra su justificación en la concesión del privilegio o privilegios patrimoniales. Pues bien, en ausencia de los mismos, el accionista sin voto deviene transitoriamente accionista ordinario. En consecuencia, si la Ley se refiere a los dividendos o privilegios atrasados debemos entender el montante que alcance el privilegio o el dividendo acumulado y no percibido en el plazo establecido en la Ley, puesto que cuando se concede el derecho de voto cesa el privilegio. Y debe ser así, porque si se interpretase en sentido contrario, difícilmente la sociedad se encontraría en situación de satisfacer todos los dividendos atrasados.

Creemos que el accionista tendrá derecho a percibir el dividendo mínimo no satisfecho en ejercicios anteriores en el momento en el que el balance se constate la existencia de beneficios repartibles sin supeditarse a que la Junta general vote su distribución.

Quizá la concesión del derecho de voto no sea una medida totalmente eficaz o que satisfaga de modo adecuado a los titulares de acciones sin voto, puesto que precisamente la creación de estas acciones responde al desinterés manifiesto de los accionistas a participar en la vida y en el funcionamiento de la sociedad. Sin embargo, si la sociedad no ha obtenido beneficios y, por tanto, no puede distribuirlos y satisfacer los intereses de los accionistas ahorreadores, de alguna forma se debe intentar compensar a dichos accionistas. El reconocimiento del derecho de voto actúa, en este sentido, concediendo la oportunidad a los accionistas para que intervengan en las Juntas generales, pudiendo incluso, aunque de hecho no lo hagan, intervenir en la adopción de acuerdos, evitando, en última instancia, posibles abusos por parte de los accionistas ordinarios o incluso revocar o exigir responsabilidad a los administradores.

El derecho de voto cesará en el momento en que a los accionistas sin voto les sean satisfechos los dividendos privilegiados atrasados o acumulados no percibidos. A partir de este momento se restablece la

situación originaria, es decir, la propia de las acciones sin voto cuyos titulares tendrán a su favor la percepción del dividendo mínimo privilegiado. La Ley alemana (art. 140-3) permite que se adopten acuerdos sobre los suplementos atrasados, siempre que los Estatutos no dispongan lo contrario; creemos que siempre con el consentimiento de los accionistas sin voto (28).

### *1.2. Supresión o limitación de la preferencia.*

La Ley alemana de sociedades establece en su artículo 141, párrafo 1.º, que: «Todo acuerdo por el cual se suprime o limite la preferencia necesaria para su eficacia la aprobación de los accionistas preferentes y en el párrafo 3.º: «Los accionistas preferentes han de otorgar su aprobación en una reunión especial y mediante un acuerdo extraordinario. Se requiere una mayoría que comprenda como mínimo las 3/4 partes de los votos emitidos. Los Estatutos no pueden acordar otra mayoría ni exigir otros requisitos...». Según el párrafo 4.º del citado precepto: «Si se suprime la preferencia, las acciones recuperan el derecho de voto».

Partiendo de la situación normal en la que los accionistas sin voto no participan en las Juntas generales, y teniendo en cuenta que con carácter general se establece en las legislaciones (de forma análoga al artículo 85 de la LSA) que cuando la modificación de los estatutos afecte a los derechos de una clase de acciones será necesario su aprobación previa, la finalidad y conveniencia del precepto alemán es clara. Teniendo en cuenta, además, que las condiciones o las características de las acciones en atención a las cuales se han adquirido, no pueden modificarse sin el consentimiento de sus titulares, fundamentalmente si se trata de restringir derechos reconocidos en la Ley. En el mismo sentido el artículo 40 del Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea establece que en el supuesto de que se produzca una modificación de la relación anteriormente existente entre las categorías de acciones en perjuicio de una de ellas, es preceptivo el acuerdo de los accionistas que posean acciones de la categoría afectada, mediante una votación separada que tenga por finalidad aprobar la decisión de la Junta (28 bis).

El acuerdo será lícito, siempre que se respete el procedimiento establecido en la ley correspondiente, y en este sentido parece adecuado el previsto en las normas citadas, consistente en la celebración de una reunión extraordinaria, o Junta general de los accionistas sin voto, que tendría como finalidad la adopción de un acuerdo sobre esta cuestión. Asimismo, creemos oportuna la exigencia de una mayoría mínima reforzada, que sea indispensable para la adopción del acuerdo (3/4 partes

(28) El art. 15, p. 4.º de la Ley italiana de 1974 establece que cuando se haya satisecho en un ejercicio el dividendo privilegiado "la diferencia es computada con aumento del dividendo privilegiado en los dos ejercicios sucesivos".

(28 bis) PÉREZ ESCOLAR, R., *La sociedad anónima europea*, Madrid, 1962, páginas 201 y ss.

de los votos emitidos) en vez de exigir un «quorum» de asistencia que podría dificultar el funcionamiento del órgano y la adopción de acuerdos. Parece indispensable que la medida y extensión del derecho de voto del accionista poseedor de acciones sin voto se determine en proporción al capital de que es titular.

Si no se exige el acuerdo de los accionistas afectados se dejaría al arbitrio de los accionistas ordinarios la efectividad de los privilegios reconocidos en la ley a los accionistas sin voto, que mayoritariamente podrían acordar la limitación o reducción del privilegio frustrando las expectativas que llevan al accionista ahorrador a invertir su capital en la sociedad, dejando sin eficacia la concesión del privilegio por el legislador. Según el Proyecto italiano no podrá suprimirse el dividendo mínimo, ni reducir el porcentaje establecido, o sea, el 5 por 100 sobre el capital desembolsado y reservas.

## 2.º *Privilegio en la cuota de liquidación*

Otra de las ventajas características de las acciones sin voto es la participación en el patrimonio social resultante de la liquidación: derecho a reintegrarse en el valor de las acciones, con preferencia a las acciones ordinarias e incluso con nuevas preferencias para el supuesto de que el patrimonio repartible sea muy superior al capital social. Y todo ello, una vez determinado el activo social repartible o patrimonio divisible entre los socios, que es el que resulta después de satisfacer los créditos contra la sociedad, y de haber consignado o asegurado, en su caso, los créditos vencidos no cobrados y los no vencidos.

En este sentido, el artículo 41, párrafo 3.º del Proyecto italiano establece que: «En la disolución de la sociedad las acciones de ahorro son privilegiadas en el reembolso del capital por el total valor nominal» el mismo derecho se acoge en el art. 15 de la ley de 1974 «Aun en el caso de que este privilegio no estuviera previsto en la ley, su reconocimiento no plantearía problemas en cuanto a su licitud o viabilidad, pues en general se admite la concesión de derechos de carácter patrimonial a una determinada categoría de acciones, siempre que así lo prevean los Estatutos.

A las acciones sin voto se reintegrará su valor nominal, como mínimo, con antelación al reparto del patrimonio resultante de la liquidación entre las acciones ordinarias, de forma que hasta que no se haya satisfecho este privilegio, no se procederá a la distribución del patrimonio repartible entre las acciones ordinarias. Consiste, pues, este privilegio, en un derecho preferente a la cuota de liquidación.

Este privilegio o contrapartida patrimonial, podríamos decir que es de orden secundario, puesto que aunque no carece de importancia, el accionista cuando adquiere sus acciones, no piensa en la disolución de la sociedad, que en un principio es un hecho lejano e improbable. Aunque concederle esta prioridad pueda tener cierto interés, sin duda no será el factor condicionante de su inversión.

Por supuesto que ello no implica la limitación de la percepción de

la cuota de liquidación al valor nominal de las acciones, puesto que si el patrimonio repartible es suficiente para reintegrar a los accionistas el valor nominal de sus acciones, y existe un excedente, éste se repartirá por igual entre las distintas categorías de acciones proporcionalmente a la inversión que hayan realizado, si bien creemos que los Estatutos incluso podrían establecer ciertas ventajas para las acciones sin voto en este supuesto.

### 3.º *El derecho de suscripción preferente: Medida y extensión*

El derecho de suscripción preferente, considerado como derecho mínimo y esencial del accionista, unido a la titularidad de la acción, plantea cierta problemática en el supuesto de las acciones sin voto; puesto que, por tratarse de una categoría especial de acciones, puede operar de forma distinta, en aquellas sociedades en las que se emiten acciones ordinarias y acciones sin voto (por tratarse de categorías distintas de acciones). Nos interesa averiguar cómo opera el derecho de suscripción preferente del titular de las acciones sin voto, o mejor cuál es la medida, la extensión, el contenido o el alcance del derecho de suscripción preferente, correspondiente al titular de estas acciones.

En torno a este derecho nos planteamos las siguientes cuestiones: producido el aumento de capital de una sociedad anónima con emisión de nuevas acciones, cabe pensar: 1.<sup>a)</sup>) Que se emitan acciones de ambas categorías; 2.<sup>a)</sup>) Que tan sólo se emitan acciones ordinarias, y 3.<sup>a)</sup>) Que únicamente se emitan acciones sin voto.

En principio, y con carácter general, parece que el derecho de suscripción preferente, correspondiente a los titulares de las acciones sin voto, tendrá las mismas características y se ejercerá en la misma proporción y condiciones que las acciones ordinarias. En el primer supuesto planteado, es decir, si se emiten tanto acciones ordinarias como acciones sin voto, los titulares de las acciones sin voto tendrán preferencia en la suscripción de esta categoría de acciones y únicamente si no son suficientes para cubrir la proporción de las existentes, suscribirán acciones ordinarias. En principio, el criterio consistiría en respetar las categorías, concediendo el derecho de suscripción dentro de las dos clases de acciones. En consecuencia, contemplando los distintos supuestos, cabe pensar:

1.<sup>a)</sup>) Si la sociedad emite acciones de ambas categorías, o sea, acciones sin voto y acciones ordinarias, los titulares de las primeras tendrán derecho a suscribir, en proporción a las acciones poseídas anteriormente, nuevas acciones sin voto; mas si estas últimas globalmente no son suficientes para respetar la proporción, los accionistas sin voto tendrán derecho a suscribir acciones ordinarias hasta completar el número de acciones que le corresponden en aplicación del derecho de suscripción preferente.

2.<sup>a)</sup>) Si la sociedad emite únicamente acciones ordinarias, los titulares de acciones sin voto tendrán derecho a suscribir el número de las mismas que les correspondan en aplicación del principio de la propor-

cionalidad, teniendo en cuenta el valor nominal de las acciones y no únicamente su número.

Llegamos a esta conclusión en atención a las siguientes consideraciones: las acciones sin voto conceden los mismos derechos que las acciones ordinarias; como se desprende de las leyes y proyectos que regulan esta categoría de acciones (con excepción del derecho de voto) el derecho de suscripción preferente dimana de la titularidad de la acción (y es un derecho esencial del accionista, del que en principio no puede ser privado), por tanto, si el titular de las acciones sin voto, como hemos dicho anteriormente, posee dicha condición, debe reconocérsele la titularidad de aquel derecho. En consecuencia, el titular de estas acciones, en este supuesto, únicamente tendrá posibilidad de ejercitarse su derecho suscribiendo acciones ordinarias, que son las únicas que se han emitido, puesto que en principio la sociedad no está obligada a emitir en todo aumento de capital acciones sin voto, ya que supondría una carga para la sociedad que en ocasiones no estaría en situación de soportar, o no resultaría conveniente para ella (29). Sin embargo, el criterio seguido por el Proyecto de la sociedad anónima europea es distinto, puesto que restringe el derecho de suscripción preferente de los accionistas ahorradores titulares de acciones sin voto a las acciones de dicha categoría (30).

3.<sup>a</sup>) En el supuesto de que el aumento del capital se instrumente mediante la sola emisión de acciones sin voto, no cabe duda alguna de que los accionistas sin voto tendrán derecho a suscribir las nuevas acciones en la proporción que les corresponda. En este caso, la cuestión se plantea respecto a los titulares de acciones ordinarias, ¿podrán suscribir preferentemente acciones sin voto?, o ¿en qué medida tendrán derecho de suscripción preferente sobre las nuevas acciones sin voto? Creemos que la solución correcta consistiría en reconocer el derecho a suscribir estas acciones a todos los accionistas, si bien el acuerdo de emisión de los nuevos títulos quedaría condicionado al consentimiento de los antiguos tenedores de acciones sin voto, puesto que la nueva

(29) Según el art. 15 de la Ley italiana de 1974, en caso de aumento de capital social los poseedores de acciones de ahorro tienen derecho a suscribir acciones de ahorro de nueva emisión y en su falta, o por la diferencia, acciones ordinarias. El Proyecto italiano, en su artículo 41, establecía que "los poseedores de acciones sin voto tienen derecho a recibir en opción acciones de ahorro de nueva emisión en proporción a las poseídas. Este derecho no puede ser excluido y limitado sino en la medida que es excluido y limitado el derecho de suscripción de los otros accionistas". El artículo 22 del Proyecto modificado por el Comité de Ministros establece el régimen recogido en el citado art. 15. Sin embargo, en opinión de CNEL, compartida por GELPI, ob. cit., pág. 779, la aplicación de dicho precepto impondría a la sociedad la obligación de emitir acciones sin voto en proporción a las existentes en cada aumento de capital, y ello representaría una carga demasiado gravosa para la sociedad. Por tanto propugnan como solución más correcta el ofrecimiento de acciones ordinarias a los accionistas ahorradores.

(30) Según el párrafo 2.b. del artículo 49 del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea "sólo dan derecho a la suscripción de acciones sin derecho de voto".

emisión afectaría a los derechos inherentes a dichas acciones. En este sentido se pronuncia el legislador alemán en el art. 141 (31). Un régimen similar es el establecido en el art. 85 de la Ley de sociedades anónimas española para el supuesto de aumento de capital con emisión de nuevas acciones cuando existan distintas categorías en una misma sociedad (32).

Estos han sido los criterios mantenidos por la doctrina en el supuesto de que existan en una misma sociedad acciones ordinarias y acciones privilegiadas, aunque no se haya tenido en cuenta el supuesto de acciones sin voto. Criterios que creemos son aplicables a estas acciones, porque constituyen una categoría especial cuyo privilegio consiste, frente a las acciones ordinarias, en la atribución de ciertas preferencias de carácter patrimonial.

b) DERECHOS POLÍTICOS O ADMINISTRATIVOS QUE CONFIEREN LAS ACCIONES SIN VOTO.

1) *Derecho de voto.*—Si bien la característica principal de esta clase de acciones consiste en la privación del derecho de voto y la atribución de ciertas ventajas patrimoniales, ello no obstante los titulares de dichas acciones podrán ejercitar el derecho de voto en los siguientes supuestos: en primer lugar, en el caso de que haya sido satisfecho el privilegio patrimonial en el plazo establecido por la Ley, derecho que corresponderá al accionista sin voto en las juntas generales ordinarias y extraordinarias en la medida de su aportación, hasta que le sean satisfechos sus dividendos mínimos atrasados acumulados. En segundo lugar, será necesario su consentimiento previo, expresado por medio de su voto, y sometido al principio mayoritario en la Junta general especial de accionistas sin voto, siempre que se pretenda adoptar un acuerdo que de alguna forma afecte sus derechos mínimos o privilegios.

2) *Derecho de asistencia, información e impugnación.*—Las acciones sin voto confieren a su titular, como mínimo, los mismos derechos que las acciones ordinarias, excepto el derecho de voto; están legitimados para asistir a las Juntas generales o asambleas de accionistas, incluso en principio puede opinarse que tienen derecho a expresar su opinión (derecho de voz) aunque no a emitir su voto. Así, pues, podrán intervenir en la deliberación aunque no en la adopción de acuerdos. Sin embargo, creemos que el capital que representan estas acciones no se

(31) Artículo 141 Ley Alemana, párrafo 2.º: "Todo acuerdo sobre emisión de acciones preferentes que hayan de tener primacía o ser equiparadas en el reparto de beneficios y del patrimonio social a las acciones preferentes sin voto ya existentes, requiere igualmente la aprobación de los accionistas preferentes. La aprobación no es necesaria si la emisión que otorga la preferencia no suprime el derecho de suscripción de los accionistas preferentes, en el caso de que el derecho de voto fuese excluido con posterioridad, se reservase expresamente dicho derecho en el acuerdo de exclusión".

(32) URÍA, Comentario cit., I, pág. 411.

tendrá en cuenta para el cálculo del «quorum» de constitución de las Juntas. Este es el sistema previsto en el artículo 140 de la Ley alemana y en el artículo 41 del Proyecto italiano (33).

También la titularidad de las acciones concede el derecho de información en la medida en que es reconocido por cada Ley a los accionistas en general, y que no vamos a examinar porque en el supuesto de acciones sin voto no presenta ninguna peculiaridad.

En cuanto al derecho de impugnación de los acuerdos sociales, los accionistas sin voto se encuentran legitimados para ejercitarlo, aunque por supuesto no hayan participado en la adopción del acuerdo. En este sentido se ampliaría la esfera de legitimación activa para la impugnación de los acuerdos sociales, puesto que a los accionistas sin voto no podría serles aplicado el criterio de su conformidad o no con el acuerdo adoptado porque no han podido manifestar su voluntad a través del voto (34). También se ampliaría en cierta medida las causas de impugnación al supuesto de que el acuerdo adoptado en la Junta afectara al privilegio reconocido a estas acciones, sin contar con el consentimiento de los titulares de las mismas.

Ofrece especial interés este derecho, fundamentalmente, en el supuesto de impugnación del acuerdo aprobatorio del balance de la sociedad, presentándose como un medio de tutela de dichos accionistas que no pueden intervenir en la aprobación del mismo y en tanto que su privilegio o la eficacia del mismo viene condicionada a la veracidad y exactitud del balance y de la contabilidad en general.

En punto a la impugnación de los acuerdos sociales debemos destacar que, según el Proyecto de reforma italiano se encuentra legitimado no sólo el accionista carente de voto, sino también el órgano de control público, creado para tutelarlos, estableciéndose en este sentido junto a la autotutela del accionista de sus propios intereses, la tutela del órgano de vigilancia o control, cuya competencia analizaremos posteriormente.

#### D) CONTROL DE LA ACTIVIDAD SOCIAL Y TUTELA DE LOS ACCIONISTAS SIN VOTO

Esta cuestión representa uno de los puntos centrales de la problemática de las acciones sin voto, puesto que el accionista privado del derecho de voto y por ende de intervenir eficazmente en la Junta para la formación de la voluntad social, evidentemente tendrá menos posibilidades de controlar la gestión social y de tutelar sus intereses, aun-

(33) Según el art. 14 de la ley italiana de 7 de junio de 1974 "los poseedores de acciones de ahorro no tienen derecho a intervenir en la asamblea de la sociedad ni exigir su convocatoria".

(34) Como es sabido, según el artículo 69 de la ley española de sociedades anónimas. Están legitimados para impugnar los acuerdos sociales "...los concurrentes de la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo impugnado, los accionistas ausentes y los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto". Vide artículo 2.377. C. c. italiano.

que en última instancia, y siempre que en él concurran los requisitos establecidos en la Ley, tendrá la posibilidad de impugnar los acuerdos sociales por las distintas causas legales.

Al margen o al lado de la autotutela del accionista y la posibilidad remota de ejercer un control sobre la gestión realizada, debemos tener en cuenta que la creación de las acciones sin voto responde fundamentalmente a la necesidad o conveniencia para las grandes sociedades anónimas de la inversión del ahorro para la financiación de sus empresas, y no podemos olvidar que los pequeños paquetes de acciones suscritos por los titulares de acciones sin voto tienen su origen en la inversión del ahorro que, en principio, es digno de tutela. Por tanto, para garantizar o proteger los intereses de estos accionistas, parece necesaria la instrumentación de los medios adecuados para controlar el funcionamiento de la sociedad anónima y, en consecuencia, la conducta de los grandes accionistas o accionistas con voto y la actuación o gestión de los administradores.

Ante esta problemática existen distintas soluciones, que vamos a examinar seguidamente, consistentes fundamentalmente en la creación de un órgano cuya función y competencia consistiría en ejercer un determinado control en las sociedades anónimas que emitan aquellas acciones. Este órgano podría ser interno o externo a la sociedad, si bien cualquiera de los dos debe ofrecer las garantías suficientes de independencia frente a los grupos de control existentes en las sociedades, o sea, frente a los grandes accionistas y a los administradores.

Los autores italianos ante la futura reforma del derecho de sociedades en Italia se han pronunciado de forma diversa sobre esta cuestión, mostrándose partidarios o adversarios del sistema adoptado en el Proyecto de la Comisión que introduce la innovación consistente en la creación de un órgano público de vigilancia, independiente respecto de la sociedad y dependiente del Estado, cuyas funciones de vigilancia serían asumidas por la Banca de Italia de acuerdo con las directrices del Comité Interministerial para el Crédito y el Ahorro (art. 33 del Proyecto) la Ley italiana de 1974 crea la Comisión Nacional para la Sociedad y para la Bolsa. La doctrina italiana, y fundamentalmente dentro de ella aqueilos autores que propugnan la introducción de acciones de ahorro, se muestran partidarios de la creación de un órgano que complemente o sustituya la autotutela del accionista. Más, surgen profundas divergencias de criterio precisamente sobre el carácter o naturaleza de dicho órgano público o privado, así como sobre la esfera de su competencia.

El control público introducido en el proyecto italiano ha suscitado, entre otras, las siguientes consideraciones críticas:

Un sector de la doctrina italiana (35) considera que el órgano de

(35) LOMBARDI, R., *Istanze che giustificano e postulano una riforma del diritto societario; questione del controllo e della vigilanza; azioni di risparmio*, en "La riforma delle società" cit., vol. I, pág. 284. CAMPOBASSO, ob. cit., páginas 97 y ss. El Collegio Sindacale regulado en el artículo 2.379 y ss. del C. c. italiano es un órgano de control que desarrolla su actividad de vigilancia.

control de la sociedad debe ser interno, pudiéndose utilizar el «Collegio sindicale» debidamente perfeccionado, puesto que en definitiva, por su naturaleza, es el órgano que controla la vida interna de la sociedad. El órgano externo debería asumir una vigilancia genérica para la tutela del interés público, debiéndose delimitar con precisión la esfera de competencia respectiva.

Se piensa que la tutela de los accionistas titulares de acciones de ahorro supone una revisión del sistema de control sobre la sociedad, pero el nuevo sistema de control puede llevarse a cabo sin recurrir a un control público que podría resultar extremadamente peligroso, mediante una estructuración más perfecta y ordenada del órgano institucionalmente destinado a la tutela de los accionistas (el «collegio sindicale»). Para lo cual es necesario que posea una competencia específica y completa autonomía frente a la asamblea de accionistas, autonomía que no podrá conseguir si el nombramiento de sus miembros es efectuado en la Junta general, puesto que se identificaría y vincularía al grupo de mando de la sociedad. Por tanto debe ser nombrado por un órgano extrasocial, por ejemplo, por la autoridad judicial, para conseguir una imparcialidad total. Debería configurarse como órgano de tutela de aquellos accionistas que no participan en la formación de la voluntad social, convirtiéndose en el portador de los intereses de dichos accionistas, promoviendo incluso la intervención de la autoridad judicial, en el supuesto de que surjan conflictos entre los intereses de los accionistas empresarios y accionistas ahorradores.

Se ha opinado también (36) que el órgano de vigilancia creado por el Proyecto, que posee una doble función —como órgano de información de los accionistas y del mercado en general y como órgano de control para la tutela de las acciones sin voto—, por su carácter público no estará en situación de apreciar convenientemente los multiformes y contrapuestos intereses de los accionistas, no siendo un medio idóneo para el fin que se intenta lograr. Y se dice además, que constituye una interferencia en la actividad social que contrasta con el art. 41 de la Constitución italiana que reconoce la libertad de iniciativa privada en la economía. En consecuencia, el órgano público de vigilancia, suprimidos los poderes que supongan injerencia, debería configurarse como un simple órgano de información de los accionistas y del mercado, con poderes dirigidos a garantizar el cumplimiento por parte de la sociedad del deber de información: derecho éste que adquiere una gran relevancia no sólo frente a los accionistas sino, además, con respecto al público ahorrador por tratarse de sociedades que cotizan sus acciones en Bolsa.

Cree Piccardi (37) que de esta forma se garantiza el funcionamiento regulador de la sociedad y se muestra partidario del órgano de vigilancia

en interés de los socios y de terceros. Vide Fre., *Comentario del Código Civil* cit., págs. 516 y ss.

(36) BUTTARO, ob. cit., pág. 513.

(37) PICCARDI, L., *Assenteismo degli azionisti e azioni di risparmio, sull'esercizio di potere e sul controllo pubblico*, en "La Riforma delle società", cit., col. I. pág. 275.

previsto en el Proyecto, siempre que se atribuya dicha función de control a un órgano con competencia específica, como la Banca de Italia u órgano dependiente, y no sea utilizado como instrumento de planificación o programación, puesto que para ello el medio más idóneo es la nacionalización.

Buttaro cree necesario que los distintos intereses cuya tutela es encomendada en el Proyecto al órgano público de control, sean analizados separadamente: los intereses internos de la sociedad, de los accionistas sin voto y los intereses externos y públicos, la tutela del mercado financiero, libertad de competencia, intereses de los trabajadores y finanzas del Estado. En cuanto a la idoneidad del control público para la tutela de los intereses de los accionistas ahorradores opina, que la intervención pública puede constituir una adecuada contrapartida de la pérdida del derecho de voto, sólo en cuanto exista una correspondencia perfecta entre los poderes o facultades de gestión sustraídos a los socios y aquéllos atribuidos al órgano público. En caso contrario, se presentaría un vacío de poder que beneficiaría a los «grupos de mando». Dicho control puede servir para garantizar la regularidad de los actos sociales, veracidad de los balances e información suministrada por la sociedad. Sin embargo, la tutela del accionista no se limita a lo anterior, puesto que los mayores riesgos tienen su origen en los errores de elección sobre el desarrollo de la sociedad y en general de una gestión perjudicial (38).

Sin embargo Gelpi (39) considera oportuna la creación de un órgano público de control que tuviera independencia de los otros poderes públicos, gozando de grandes garantías como la «Securities and Exchange Comission» de los Estados Unidos, si bien considera que es una cuestión muy delicada, fundamentalmente porque la vigilancia que ejercería afectaría también a los accionistas ahorradores.

La idea de la intervención gubernativa tiene como finalidad adaptar la ley al fenómeno del ahorro en masa en sus varias modalidades y en sus diversas formas, como dice la Exposición de Motivos, para proteger a los pequeños accionistas ahorradores frente a quienes ostentan el poder de mando en la sociedad. Mas, como dice Menéndez (40) con su creación no se trata de establecer un «poder de compensación» externo, frente a la concentración de poder en el interior de la socie-

(38) BUTTARO, ob. cit., pág. 513. En opinión de este autor, frente a la intervención pública se podría presentar la siguiente alternativa: la realización de un compromiso entre los accionistas del grupo de mando y el organismo público que tendría como consecuencia la combinación de distintos y contrapuestos intereses y propugnar una concepción corporativista de la economía; o bien que el ente público sustituya a los accionistas privados y ello supondría prácticamente nacionalizar la empresa. En ninguna de las dos hipótesis se tutelan los intereses de los ahorradores. La competencia del órgano público debería limitarse a la tutela de los intereses públicos, restringiendo sus poderes que deberían dirigirse fundamentalmente a garantizar la veracidad de los balances y no atribuyéndose facultades de iniciativa, como convocatoria de Juntas, impugnación de acuerdos, etc.

(39) GELPI, *Le azioni di risparmio* cit., pág. 293.

(40) MENÉNDEZ, ob. cit., pág. 39.

dad, o simple control público de la sociedad ya introducido en el Derecho norteamericano, sino que su esfera de competencia se amplía hasta el punto que se atribuye a la intervención gubernativa «el ejercicio de los derechos tradicionales del socio», sustituyéndose la autotutela clásica del accionista por una tutela externa, puesto que al órgano público se faculta para el posible ejercicio de acciones de impugnación de los acuerdos sociales, para entablar una acción de responsabilidad de los administradores, e incluso capacidad para convocar la Junta general. Supondría una profunda transformación en la estructura de la sociedad anónima.

En definitiva, el control público sobre la actividad o gestión social no se puede contemplar como si se tratara únicamente una cuestión técnica, porque en última instancia es una cuestión política.

#### E) CONSIDERACIONES CRITICAS EN TORNO A LAS ACCIONES SIN VOTO.

Las acciones sin voto son una de las figuras jurídicas más discutidas en la actualidad. Fiel reflejo de ello son los complejos debates mantenidos en Italia por partidarios y adversarios de la introducción de las acciones de ahorro, contenida en el citado art. 41 del Proyecto de Reforma de las sociedades anónimas, al que nos hemos venido refiriendo. También en Inglaterra, país en el cual esta clase de títulos («Votless shares» o «No voting shares») tienen ya una gran tradición en el terreno legislativo y práctico, en el seno de la comisión elaboradora del «Report Jenkins», surgieron controversias en torno al mantenimiento o supresión de las referidas acciones. Sin embargo, a pesar de la oposición sostenida por una minoría de los autores que formaban la comisión, definitivamente prevaleció el criterio favorable a la conservación de las acciones sin voto (41). También en Alemania ciertos autores (42) aducieron argumentos en contra de su vigencia en la ley de sociedades de 1966, no obstante lo cual, la citada ley regula las acciones sin voto, introducidas en dicho país en la ley de 1937. En Francia, si bien por la ley de 26 de junio de 1957 se crean los «certificados petrolíferos», que reunían las características de las acciones sin voto y que fueron acogidas favorablemente por un amplio sector doctrinal, con motivo de la elaboración de la vigente ley de sociedades anónimas de 1966, se entablaron amplios debates doctrinales en torno a su introducción

(41) SMITH, K.-KEENAN, D. J., *Company Law*, London, 1970, pág. 364. PENNIGTON, R. R., *Company Law reform in Great Britain*, en "La Riforma delle società..." cit., vol. II, pág. 1115. El libro blanco presentado por el Gobierno inglés al Parlamento en julio de 1973, y que manifiesta su programa de acción en el ámbito de la sociedad de capitales, se muestra partidario de la prohibición de las acciones sin voto. CORAPI, D., *Il libro bianco sulla riforma delle società di capitali in Inghilterra*, "RDC" 1973, págs. 272 y ss.

(42) DUDEK, K., *Il progetto italiano a la luce della recente riforma germanica*, cit., pág. 130 y ss.

con carácter general. El legislador francés, sin embargo, optó por la solución distinta manteniendo la figura del voto doble (43) aplazando finalmente la regulación de las acciones sin voto a una futura reforma.

El tema tiene trascendencia y está sometido a discusión. Por ello, tras examinar el régimen jurídico de las acciones sin voto y aunque en el planteamiento inicial considerábamos que suponían una innovación estimable en el mundo de las sociedades anónimas, debemos someter la institución a un análisis crítico, no únicamente por el afán de recoger las distintas opiniones doctrinales, sino también para intentar poner de manifiesto sus características negativas e intentar paliarlas, encontrando para ellos soluciones positivas.

Con la introducción de las acciones sin voto quiebra el principio clásico, recogido en la mayoría de las legislaciones europeas del siglo pasado y principios del actual, de correspondencia entre la participación en el capital social y la participación en el control de la sociedad, y en consecuencia en el ámbito de poder ejercido en la misma. Este principio actuaba, en las grandes sociedades anónimas, únicamente a nivel legal, siendo desbordado en la actualidad por la realidad.

¿Cuáles son las consecuencias del reflejo legal de los fenómenos reales? Las críticas opuestas a las acciones sin voto se centraban fundamentalmente en los siguientes puntos: Con la creación de esta figura jurídica se legitima la posición del grupo minoritario de accionistas por el reconocimiento a nivel legal del poder que hoy ejercitan de hecho, rompiendo la ecuación poder-responsabilidad, que es uno de los principios básicos del ordenamiento jurídico de las sociedades anónimas (44). Dicha innovación se opone a ciertas directrices que tienden a eliminar las posiciones de dominio; no resultando adecuada, como solución, la institucionalización de los fenómenos, sino por el contrario la búsqueda de los posibles remedios, ofreciendo estímulos a los accionistas para que intervengan en las Juntas y se interesen en el funcionamiento de la sociedad. Siguiendo esta línea se aduce también, que si todo accionista participa en el riesgo hasta la cifra de su aportación, o sea, ve sometido su capital al riesgo, resulta contradictorio privarle del derecho a parti-

(43) El artículo 175 de la Ley francesa de sociedades de 1966 establece: "Un derecho de voto doble a aquel concedido a las otras acciones en proporción a la cuota de capital que representan, puede ser atribuido por los Estatutos o una asamblea extraordinaria posterior a todas las acciones íntegramente liberadas, para las cuales habrá de justificarse una inscripción nominativa, después de dos años por lo menos a nombre del mismo accionista".

(44) No se muestran partidarios de la introducción de las acciones sin voto en Italia, entre otros, BUTTARO, ob. cit.; FRANCESCHELLI, *Observazioni e critiche al progetto di riforma, opportunità di una disciplina organica delle società per azioni; oggetto sociale; partecipazioni; clausole di gradimento; azioni di risparmio; ecceso di potere sun necessita di attendere la riforma comunaria*, cit., págs. 304 y ss. En opinión de LEVI, G., *Partecipazione del "risparmio famiglia" al rischio dell'impresa azionaria nella quotazione obbligatoria delle azioni ordinarie; sul diritto di intervento delle azioni di risparmio*, en "La Riforma delle società...", cit., vol. I, pág. 334, los efectos de las acciones de voto plural, que el legislador suprimió en el Código del 42 se vuelven a presentar casi sin variación, si bien con otra apariencia.

cipar en las discusiones de las Juntas y fundamentalmente del derecho de voto.

Con la innovación que supone la introducción de las acciones sin voto resultan beneficiados únicamente los accionistas que detentan el poder real en las grandes sociedades anónimas. En definitiva, la creación de esta clase de acciones transforma la estructura democrática de la sociedad anónima en una estructura oligárquica, privando al accionista de un derecho esencial e inherente a su condición, con lo que se le sitúa irremediablemente en manos del grupo minoritario que decidirá, sin su consentimiento, el destino de su inversión y se deteriora la posición del accionista al aproximarla o equipararlo a la situación de obligacionista, sin ofrecerle como contrapartida el ser acreedor automático de la sociedad.

En otro sentido, los privilegios patrimoniales concedidos a los titulares de acciones sin voto reconocidos como contra partida patrimonial a la privación del derecho de voto, son más teóricos que efectivos, y ello evidentemente condiciona en el mercado de valores, el éxito de esta categoría de acciones.

En punto al control al que se verán sometidas las sociedades que emitan acciones sin voto, aún considerándolo positivo, se justifica y debe introducirse sin necesidad de crear estas acciones, puesto que satisface distintas exigencias o necesidades.

Por otra parte, las dificultades que imposibilitan o dificultan el ágil y correcto funcionamiento de las asambleas de las sociedades anónimas, sus defectos, así como la práctica negativa de las delegaciones en blanco, pueden modificarse sin recurrir a la creación de acciones sin voto (por ejemplo, beneficios fiscales).

Si bien estas afirmaciones tienen una cierta base real ello no obstante deben ser sometidas a revisión, partiendo del examen de la realidad económica y social, así como el funcionamiento y los fenómenos que se producen en el mundo de las grandes sociedades anónimas.

La primera observación a realizar frente a los autores que se muestran contrarios a la introducción de las acciones sin voto, es que quizás basan su primera y más esencial crítica en la idea de que tanto la concentración de poder económico en las grandes sociedades anónimas como el absentismo de los pequeños accionistas son fenómenos ocasionales, producidos por la ausencia de normas idóneas que los eviten o impidan. Por esto consideran que la solución estaría en manos del legislador que, sin modificar el sistema, debería prever ciertos estímulos para fomentar el interés de los pequeños accionistas en el funcionamiento de la sociedad. De esta forma, dichos accionistas acudirían a las Juntas generales, no se produciría la concentración de poder en manos de grupos minoritarios y no se establecería el equilibrio entre el control y la participación en el capital social.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que, en primer lugar, el abstencionismo de los accionistas responde a unas determinadas causas complejas y de distinta índole que plantean una problemática y cuya

resolución no depende en gran medida de la normativa legal. Porque, además, ¿cuáles podrían ser los estímulos ofrecidos por el legislador? (45). Que sepamos, todavía no se han descubierto los resortes que impulsarían al accionista que posee un pequeño paquete de acciones a convertir su actitud pasiva en activa o interesada. Por otra parte, como afirma Visentini, el problema no consiste precisamente en conseguir que a las asambleas anuales acudan miles de pequeños accionistas, puesto que la asamblea tiene un significado y valor en cuanto es expresión formal de una realidad sustancial basada en la existencia de un accionariado consistente y activo, con la suficiente fuerza y capacidad para seguir la gestión de la sociedad, establecer las directrices de la administración, ejerciendo un control sobre los actos realizados por los administradores, exigiendo que se responsabilicen por su actuación (46).

Si la meta consiste únicamente en obtener la presencia física de multitud de accionistas, no podemos considerarla válida puesto que, como ya hemos dicho, se conseguiría el efecto de representar la gran farsa de las asambleas o Juntas generales, haciendo creer a los accionistas que su presencia y consentimiento es requerido por ser necesario para el buen funcionamiento de la empresa o empresas cuya explotación constituye el objeto de la sociedad. Como sabemos y hemos expuesto reiteradamente, los accionistas que acuden a las Juntas de las grandes sociedades anónimas se limitan a aprobar las propuestas del Consejo de Administración, sin duda porque no tienen los conocimientos suficientes, que requieren cierta especialización y contacto continuo en el mundo de los negocios, como para poder formar su propio criterio. Por ello, si realmente su opinión, expresada a través del voto fuera decisiva, podría incluso resultar poco beneficiosa para el adecuado funcionamiento de la empresa que se vería sometida a las cambiantes mayorías inexpertas. Pero en definitiva lo que parece un fenómeno demostrado es el desinterés de esta clase de accionistas, desinterés que entre otras causas responde a que el accionista no sabe dónde está su propiedad, ni en qué consiste. En palabras de Visentini (47) «La empresa es únicamente un lejano elemento de referencia de una inversión que ellos han efectuado en la Bolsa, no en la empresa» pretendiendo únicamente la rentabilidad de su inversión que se traduce bien en la periódica y satisfactoria percepción de dividendos,

(45) En este sentido resultan curiosas las alternativas propuestas por HAYEK, recogidas y criticadas por VISENTINI, ob. cit., págs. 375 y ss.

(46) VISENTINI, *Replica: opinioni e dissensioni sulle riforme delle società...*, cit., pág. 377.

(47) VISENTINI, ob. últ. cit., pág. 378. Según GARRIGUES, J., *Orientaciones para la próxima reforma de la sociedad anónima en España*, en «La Riforma delle società...» cit., vol. II, pág. 765, dado que los accionistas meramente inverso es de su dinero no desean ejercer el derecho de voto y así lo demuestra la práctica a lo largo de muchos años, privémosle de ese derecho que no utilizan a cambio de concederles una retribución segura a ese capital, que es justamente lo que ellos buscan.

bien en la elevación del valor real de su título (alza en la cotización de sus acciones).

En definitiva, el absentismo responde a causas profundas, a una realidad económica objetiva, que evidentemente se acentuarán con la mayor difusión de la propiedad de las acciones, que además constituye el objetivo principal de las grandes sociedades anónimas: la inversión del ahorro.

En punto a la *concentración de poder*, consecuencia de la *acumulación de capitales*, no podemos olvidar que dicha concentración o acumulación existe en la realidad con o sin acciones sin voto, puesto que es un imperativo del sistema capitalista que la posibilita, la impulsa y es exigencia necesaria para el mantenimiento y desarrollo de dicho sistema, en el cual la sociedad anónima, como institución, cumple una función inapreciable, puesto que precisamente es el instrumento adecuado. Ante las estructuras basadas en los principios capitalistas, ante la magnitud de fuerzas sociales y procesos económicos, el papel de las acciones sin voto es nimio. No creemos ni que posibiliten una mayor concentración de poder ya cristalizado de hecho, ni que su rechazo tenga como consecuencia el impedir dicho fenómeno. Por otra parte, pretender que precisamente tras una nueva regulación la sociedad anónima se pueda utilizar como instrumento para impedir la concentración de poder, manteniendo inalteradas el resto de las instituciones que han dado vida y mantienen el sistema, resulta contradictorio o poco consecuente. Por tanto, parece más conveniente regular la realidad existente, concretamente las posiciones de dominio, orientarlas en la estructura capitalista, que ignorarlas permitiendo que se realicen fuera de todo control.

Las acciones sin voto podrán servir como elemento clarificador de las posiciones de los distintos accionistas: los «accionistas ahorradores» y los «accionistas de mando». La ley no impulsaría su aparición, simplemente se limitaría a reconocer y a regular su existencia, posibilitando la individualización y la asunción de responsabilidad de aquellos sujetos que gestionan y que ejercen el control en las grandes sociedades anónimas, y en definitiva la proporcional adaptación de la Ley a los intereses de las distintas clases de accionistas. En cuanto a los pequeños accionistas, la introducción de estas acciones, mediante una regulación adecuada, podría ser una vía o medio idóneo para la satisfacción de sus intereses, puesto que las acciones sin voto aseguran mayores derechos de carácter patrimonial a su titular y precisamente la obtención de unos beneficios económicos es el móvil por el cual los accionistas ahorradores adquieren las acciones.

En este sentido, debemos tener en cuenta que el derecho de voto es reconocido a los accionistas no tanto para que intervengan en la gestión de la sociedad, sino para controlar la gestión realizada por aquellas personas u órganos a los que les es encomendada, porque precisamente de su actuación, o sea, de la dirección de la sociedad, dependerá la satisfacción de sus intereses limitados a la rentabilidad o productividad a corto plazo o largo plazo de su aportación. Por ello si se conceden

ciertos derechos patrimoniales privilegiados, efectivos, de percepción periódica, no sólo conseguirán la rentabilidad a corto plazo, sino también la revalorización de sus títulos. En el supuesto de que las acciones concedan derecho de voto, los pequeños accionistas no sólo no controlan sino que tampoco podrán, en principio, obtener dividendos frente a la opinión de los grandes accionistas. Es difícil que pretendan obtener dividendos, puesto que penosamente podrán conseguir hacer prevalecer sus deseos, ya que para ello sería necesario conseguir la mayoría en la Junta general (48).

Por tanto, si se instrumenta el procedimiento idóneo que garantice la percepción de dividendos, junto con la limitación de ciertos poderes del Consejo de Administración, para que con su actuación no pueda lesionar los intereses de la sociedad, carece de sentido la participación del pequeño accionista. En conclusión, creemos que la ley debe tutelar a aquellos intereses que los accionistas consideran dignos de protección, es decir, sus derechos patrimoniales y en este sentido creemos que se protege mejor al pequeño accionista, garantizándole la percepción de un dividendo mínimo efectivo y no necesariamente teórico, que concediéndole el derecho de voto que no ejercita y que no resulta adecuado o eficaz para la tutela de sus intereses.

Además, el titular de las acciones sin voto posée la condición de accionista, posee un «status» formado por todos los derechos tradicionales y esenciales del accionista, excepto el derecho de voto y como contrapartida ostenta derechos patrimoniales privilegiados. Por ello, la creación de acciones sin voto no implica el dejar sin control de ningún tipo el funcionamiento de la sociedad, pues existen ciertas obligaciones por parte de la sociedad frente al accionista: derecho de información que no sólo debe mantenerse, sino regularse de forma adecuada, y también cierta responsabilidad del Consejo de Administración por su gestión. En última instancia el accionista conserva el derecho de impugnación de los acuerdos sociales.

También se ha dicho que la creación de acciones sin voto es contraria a los principios jurídicos básicos de la sociedad anónima, puesto que se priva al accionista de un derecho de carácter esencial, que transforma o rompe la estructura clásica democrática de las sociedades anónimas. Sin embargo, creemos que, en primer lugar, dicha estructura existe únicamente en la ley (y en las pequeñas y algunas medianas sociedades anónimas) y que en consecuencia ha sido rota por la realidad misma. En segundo lugar, que no se trata de una estricta privación al accionista del derecho de voto, sino que se le ofrece la opción entre suscribir acciones que conceden derecho de voto junto con ciertos derechos patrimoniales, o bien suscribir acciones que no conceden derecho de voto (salvo que no sea satisfecho el privilegio), y como contra-

(48) La política de no distribución de dividendos reiteradamente tampoco interesa a los grandes accionistas, puesto que ello podría influir en el valor de las acciones de la sociedad perjudicando los intereses no únicamente de la sociedad, sino los suyos propios.

partida, derechos patrimoniales privilegiados. Ni la creación de acciones sin voto es en ninguna legislación obligatoria para todas las sociedades anónimas, ni su adquisición es tampoco obligatoria para ningún accionista, actual o futuro.

Por otra parte, y esto es lo más importante, no podemos olvidar que la sociedad anónima es una creación del derecho que responde no a unos principios incommovibles, sino más bien a una realidad concreta. Si las acciones sin voto transforman la *estructura formal* de la sociedad actual que es producto de una evolución económica, con amplias implicaciones en diversos sectores, no vemos que sea inconveniente para su introducción si ello constituye el reflejo de la realidad social.

#### F) ULTIMAS CONCLUSIONES

En conclusión, no vemos que existan grandes razones que impidan la introducción o regulación de las acciones sin voto. Creemos que, en principio, pueden ser beneficiosas para la satisfacción de los intereses de los pequeños accionistas, siempre que concurran varias circunstancias. En primer lugar, que su creación sea un elemento más de la reforma de la estructura de la sociedad anónima clásica, cuyos moldes ya no responden a la realidad, debiendo regular adecuadamente la competencia y las funciones de los órganos de la sociedad (tendiendo a conseguir una mayor flexibilidad en el funcionamiento de las Juntas generales y una limitación de competencia del Consejo de Administración); regulando más estrictamente el derecho de información o mejor la obligación por parte de la sociedad de ofrecer información exacta en los asuntos referentes a la situación económica de la sociedad, de cuyo desarrollo serán responsables los administradores y aquellas personas u órganos en los que hubieran delegado sus funciones.

En segundo lugar, los derechos patrimoniales concedidos a los titulares de acciones sin voto deben ser asegurados por el legislador de forma concreta y efectiva, en este sentido debe reconocerse al accionista un derecho concreto al dividendo mínimo establecido por la Ley que no resulte meramente teórico, como exponen los adversarios de las acciones sin voto, sino real. No creemos que el garantizar un dividendo mínimo dificulte o impida la autofinanciación de la sociedad y la disminución de las garantías frente a terceros, puesto que la ley ya establece o debe establecer con precisión los límites mínimos de inversión en la sociedad o parte de beneficios destinados a formar una saneada economía. El sistema debe posibilitar cierta flexibilidad, puesto que si la sociedad efectivamente no está en situación de distribuir dividendos, no será percibido el mínimo y el accionista recobrará el voto, lo cual viene a confirmar que la emisión de acciones sin voto resulta menos gravosa para la sociedad que la emisión de obligaciones.

Unicamente el dividendo mínimo actúa como límite o freno a ciertas maniobras realizadas por parte de los grupos de control que, preten-

diendo eludir la distribución de dividendos destinan, arbitrariamente un gran porcentaje de beneficios a la retribución de los administradores, amortizaciones innecesarias, valoraciones de stocks, etc.

Por otra parte no creemos, como ya hemos apuntado, que la creación de acciones sin voto sea la piedra filosofal que resuelva todos los problemas de la economía nacional, ni por supuesto sea un paliativo o freno del sistema capitalista. Como innovación jurídica es admisible, pero simplemente reemplazan una misión concreta: adaptar el derecho al sustrato subyacente. Pero no les pidamos más, pues no tendría sentido confiar o esperar que con su introducción se resolvieran las contradicciones del capitalismo, o la problemática social procurando una mejor distribución o participación en la propiedad de los medios de producción. Todo ello es competencia de otras instituciones y concretamente sería consecuencia de una reforma de las estructuras sociales.

En definitiva, como dice Galgano (49), proteger el interés del accionista minoritario a la percepción de altos dividendos significa —si se hace referencia a las clases sociales que están tras la figura abstracta del accionista minoritario— favorecer la perpetuación de posiciones de renta parasitaria, en contraste con el espíritu mismo del capitalismo, que persigue siempre una más intensa y extensa utilización de la riqueza en actividad productiva, creadoras de nueva riqueza; restituir poderes a los accionistas minoritarios, permitirles discutir, en Junta, la política económica del capital de mando significa obrar de forma antihistórica... Intentar con una reforma legislativa, restituir vitalidad a la sociedad anónima significa perseguir un sueño imposible de restauración... Es hora de tomar conciencia de los reales mecanismos de financiación de las empresas en la época actual, de cuáles son las capas sociales que a través de estos mecanismos soportan la carga de la financiación. No se democratiza la economía privada protegiendo los intereses especulativos de los accionistas ahorradores, sino poniendo en práctica formas de control democrático sobre la financiación pública de las empresas.

---

(49) GALGANO, ob. cit., págs. 977-978.



# Las legítimas, según Claude Chifflet (1542-1580), jurista del Franco Condado de Borgoña en el período español

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

1. El día 7 de junio de 1674 se rendía por última vez a las tropas de Luis XIV la capital que fue del Franco Condado de Borgoña, Dola, tras brava resistencia popular en durísima guerra. Terminaban así los casi dos siglos de su unión en la corona de los Austrias, que la había integrado en la Confederación de las Españas.

En este año de 1974 ya se han cumplido, pues, los trescientos años del término final de esa unión, de la cual reconoció Voltaire en el capítulo IX de «Le siècle de Louis XIV»: «Esta provincia, bastante pobre entonces en dinero, pero muy fértil, bien poblada, extendida a lo ancho de cuarenta leguas y veinte de largo, tenía el nombre de Franca y lo era en efecto. Los reyes de España eran más sus protectores que sus dueños. Aunque ese país correspondía al gobierno de Flandes, dependía poco de él; la plena administración era compartida y disputada entre el parlamento y el gobernador del Franco-Condado. El pueblo gozaba de grandes privilegios, siempre respetados por la corte de Madrid, que cuidaba una provincia celosa de sus derechos y vecina de Francia. Incluso Besançon se gobernaba como una villa imperial. Jamás pueblo alguno vivió bajo una administración tan dulce y se sintió tan unido a sus soberanos. Su amor por la casa de Austria se conservó aún dos generaciones; pero en el fondo este amor era el de su libertad. En fin, el Franco Condado había sido feliz».

«Salvando la lealísima Cerdeña —escribe Elías de Tejada (1)—, no existe en toda la redondez de lo que fue la Monarquía Católica, ceñidora del planeta entero, pueblo que compita con el borgoñón en lealtad a los hispanos Carlos y Felipe». Cómo modelo de fidelidad la puso Diego Saavedra Fajardo en la LVII de «Las cien empresas» de su «Idea de un príncipe político cristiano».

---

(1). FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *El pensamiento político del Franco Condado de Borgoña*, XI, 4, en "Anales de la Universidad Hispalense. Facultad de Derecho", Sevilla, 1966, pág. 161.

En homenaje a estos españoles que hablaban francés, gritando «Vive Espagne» —como en Arbois el 21 de noviembre de 1674, en manifestación unánime, meses después de la caída de Dola—, hemos escrito este breve estudio acerca del tratado *De portionibus legitimis, liber I*, de Claude Chifflet, o Claudio Chiffletius, según aparece en sus libros escritos en latín, que era entonces el idioma jurídico común en Europa.

2. Claude Chifflet nació el 14 de octubre de 1542 en Besançon, la «vielle ville espagnole» —como casi tres siglos después en «Les Feuilles d'automme» (1830) la denominó Víctor Hugo, también nacido en ella—, y falleció el 16 de octubre de 1580. El poeta Jean Morelot, en carta a Jean Chifflet, hermano de Claude, fechada en 1583, lamenta la «*praecox et inmatura*» muerte de éste, cuando: «Habebat enim ad manum, et prope adfecta quamplurima, tam in jure quod profitebatur quam in studiis politoris litteraturae suspendis omnium nostrum animis ad novas lucubrationes, quas in morte ejus sepultas prope lamentabamur». Elogiándole: «tam a sermonis elegancia, quam a tradendi facilitate, in disputandis partibus. Juris omnium difficillime et diffusissimis».

El apellido Chifflet dio tres generaciones de hombres gloriosos al hispánico Franco-Condado. Del doctor en medicina Jean Chifflet, nacieron los jesuitas Pierre-François y Laurent y el más ilustre de los polemistas españoles de su siglo, Jean-Jacques Chifflet, nacido en el 21 de enero de 1588; de quien fueron dignos hijos el predicador real de Felipe IV, canónigo de Besançon, apologeta y canonista Jean Chifflet, muerto en Turnai en 1666, y el gran Jules Chifflet, nacido en Besançon en 1610 y fallecido en Dola en 1676, que fue canónigo de su ciudad natal, abad de Balerne y consultor de la orden del Toisón de Oro, e historiador que, en sus *Memoires*, dejó una vívida crónica de la agonía de su patria (2).

Claude Chifflet fue catedrático de la Universidad de Dola. Fundada ésta en 1422, Felipe II la dotó de quince profesores y, más tarde, Felipe IV aún la dotaría de otra cátedra de Derecho foral borgoñón. En 1691 desapareció.

Los tratados de Claude Chifflet *De substitutionibus liber I*, *De portionibus legitimis liber I*, *De jure fideicommissorum liber IV*, y, su breve *De secundo capite legis Aquiliae*, fueron editados juntos en 1584, en Lión, después de su muerte, precedidos de la referida carta de Jean Morelot al hermano del autor, Jean. Nos prueba la importancia de esas obras el hecho de verlas recogidas ciento sesenta años después en el Tomo V del «*Thesaurus-Iuris-Romani*» de Everardi Ottonis, ed. Basilea 1744. Escribió también libros históricos: *De Ammiani Marcellini comitus vita, et libris rerum gestarum monobi-*

(2) El elevado juicio de JEAN-JACQUES CHIFFLET y el calificativo aplicado a JULES CHIFFLET, así como a sus *Memoires*, han sido formuladas por ELÍAS DE TEJADA, *Op. cit.*, VIII, 3 y 4, págs. 105 y sigs., y IX, 7, págs. 136 y sigs.

*baion, y Status Rep. Rom. sub Constantino Magno et filiis* y su libro póstumo *De antiquo numismate*, editado cerca de un siglo después por Henri Thomas Chifflet.

Es una muestra de su prestigio que su maestro Cujas, al ser requerido por los bisontinos para que enseñara en los estudios de Besançon, declinó asegurando que Claude Chifflet le aventajaba en mucho como maestro.

3. Historiador, buen latinista, conocedor tanto de las viejas fuentes como de los comentaristas, fino jurista, recoge en este último quehacer lo bueno de las dos tendencias que entonces se debatían *el mos gallicus* y *el mos italicus*.

Para situar a nuestro autor conviene que recordemos los tres distintos métodos fundamentales desarrollados desde el renacimiento del siglo XII al del siglo XIV, para el estudio vivo del derecho romano:

1.º) La *glosa*—iniciada en la escuela de artes de Bolonia, de la que Irnerio (1055 a 1150) fue *magister artis*—, que sin duda pecó de excesiva reverencia por el *Corpus Iuris* con olvido de la realidad viva, buscando en los textos del libro las soluciones de sus problemas jurídicos. No obstante, sus seguidores no se detenían sólo en la letra de textos aislados, sino que los relacionaban con los demás conexos a fin de completar el sentido de unos con otros, y no sólo recurrieron a la filología y la gramática, sino también a la lógica, buscando las causas —material, eficiente, formal y final— de las normas para precisar cuál era su *ratio decidendi* (3).

2.º) El *mos italicus* de los comentaristas, capitaneados por Bartolo de Sasoferrato, quienes partieron de reconocer el valor subsidiario del derecho común respecto del indígena y cultivaron a la par el derecho romano, el canónico y los estatutos, con el fin de llenar las necesidades de la vida práctica. Para ello conjugaban la lectura de los textos con la lectura directa de la realidad, en busca de soluciones justas, con las cuales en sus comentarios crearon una rica casuística y un arsenal de opiniones, que debían ser confrontados para resolver cuál de ellas se hallaba *optima ratione munitae* (4).

3.º) El *mos gallicus* nacía con la crítica de los filólogos como Lorenzo Valla (1406-1457) y Angelo Poliziano (1459-1494), que llevaron al estudio del *Corpus Iuris* conocimientos filológicos e históricos y el dominio de la literatura antigua. Con ello, el *Corpus Iuris* pasó a ser simplemente una fuente de conocimiento del Derecho romano histórico, objeto de crítica interpolacionista. El jurista milanés Alciato (1492-1533), falto de ambiente en Italia, llevó este criterio a Francia, donde con el filólogo Budeaus fundó en Bourges la escuela

(3) Cfr. FRANZ WIACKER, *Historia del Derecho Romano de la Edad Moderna*, I, parte I, § 4.º; cfr. 2.ª ed. castellana, Madrid, 1957, págs. 38 y sigs.

(4) Cfr. PAUL KOSCHACKER, *Europa y el Derecho Romano*, ed. en castellano, Madrid 1956, cap. VIII, págs. 144 y sigs., y FRANCESCO CALASSO, *Introducción al Diritto commune*, Milano, 1951, cap. III, págs. 148 y sigs.

humanística, que alcanzó su máximo prestigio con Jacques Cujaz o Cuyás, conocido por Jacobus Cuiatius (1522-1590). Convirtióse así el Derecho romano en un Derecho profesional, científico, siendo apartado de la obra práctica y creadora de los viejos comentaristas (5).

Claude Chifflet, como buen discípulo de Cujás, tenía todas las cualidades de los juristas del *mos gallicus*. Buen latín, conocimiento del griego, de otros textos de Derecho romano además del *Corpus Iuris*, en los cuales distingue las variantes de diversas ediciones; dominio de la historia de Roma y de sus fuentes literarias, citas bíblicas y patrísticas, e incluso la última novedad epigráfica —que vemos, por ejemplo, en su oportuna alusión a una frase contenida «*in vetere inscriptione quae ante aliquod annos inventa est*» — y un educado sentido crítico del que hace gala, especialmente en los capítulos III y IV, respectivamente, relativos al origen de la legítima y de la querella, siendo sendas muestras de esa crítica histórica sus citas de la epístola I, lib. de Plinio, que le sirve para mostrar que la legítima no fue creada por la Constitución de D. Marcio, pues existía ya antes, y un texto de Séneca (pr. *controvers.* 28) que le permite estimar que en tiempo de Augusto no estaba totalmente definida en función de impedir la rescisión del testamento, puesto que el retórico Votieno-Montano, defendiendo a Gala, instituida en una cuarta, afirmaba que «*aut totas possidere aut totas perdere*».

Pero, al propio tiempo, con el sentido práctico característico del *mos italicus*, atiende a la casuística de las opiniones de los autores, entre otras, de los glosadores Placentino, Pylius, Azón, Rainerio, Rofredo, Accursio, Odofredo, Jacobo de Aréna, Martín Syllimanus, Nicolás Matarello, Dino, de los franceses de principios del siglo XIV, Petrus Iacobi, Guillermo de Cuneo y Juan Faber, los italianos Ricardo Malombra, Oldraldo, Cyno, Alberico; los comentaristas Bartolo, Baldo, Angelo, Saliceto, Juan de Imola, Paulo de Castro, Alejandro, Guido-Papa, Rafael Fulgosio, Rafael Cumanus, Curtius Senior, Luodovic-Romano, Matthesilanis, Jasón, Socino, Ruinus, Caepolla, Matheus de Afflictis; el canonista Abad Panormitano. Además de las citas del precursor de la nueva escuela Niccoló Everardi y de autores de su siglo, como los españoles Rodrigo Suárez (al que llama Zuares Hispanus) y Covarruvias, como Hotomanus, Cravetta, Julio Claro, Fernando Berengarius; los galos Tiraquellus y Molineus...

4. El tratado se divide en diecisiete capítulos: I. *Quid sit deducere; et de variis portionibus legitimis in genere.* II. *De legitima portione que naturae ratione debetur.* III. *A quo jure sit legitima naturae ratione debita.* IV. *Querelae origo antiquior ne sit quadrante legitimo.* V. *Cur inducta sit portionis legitimae definitio.* VI. *Quota sit portio legitima.* VII. *An filii, qui non admittuntur ad partem, in taxatione legitimae ex numero liberorum parten faciant.* VIII. *In facienda taxatione legitima ex bonis defuncti, a quo tempore ineunda sit ratio.* IX. *De libe-*

(5) Cfr. P. KOSCHAKER, *Op cit.*, cap. XI, págs. 168 y sigs.

*rorum jure cum legitimorum, tum naturalium, et adoptivorum, in legitima consequenda. X. De jure legitimae ascendentibus in bonis liborum competent. XI. An collateralibus, praesertim fratribus, legitima debeatur. XII. Unde legitima deducatur, et quomodo; sive quae eam minuant. XIII. An duplex deductio, quae canonibus probatur, jure civili cognita sit. XIV. Quae res in legitimam imputentur. XV. Quando debeatur legitima; et quibus actionibus petatur. XVI. Quando non debeatur legitima. XVII. De jure quadrantis Falcidiani.*

Es de notar que, como punto para iniciar su tratado de la porción legítima, parte del concepto de deducción por beneficio legal: *Deducere igitur, sive detrahere, minuere est... quia neque totum est, quod deducitur, sed portio tantum*; y señala que la fuerza y el efecto de la deducción es doble, como observa en la Falcidia: repetición o retención, según haya sido trasladada o no la porción detraída: *Uno casu etiam vindicatio competit; mientras en el otro: Retinebitur ergo opposita exceptione doli mali.*

Seguidamente indica numerosas medidas de deducción: *sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, dodrans, quarta*, y enumera las diversas *quartae* que eran conocidas en el Derecho: las de los curiales, la de los hijos de los curiales, la Trebeliánica, la marital, la *asignatur ventri*, la debida *agnati a nepotibus ex filia* en la sucesión *abintestato*, el *quadrans Naronianus*, la *quarta Piana*, etc.

5. En el capítulo II define la legítima: *Est vero pars debita debitae partis, nempe quota pars debitae ab intestato bonorum partitionis lege concessa.* Y, a continuación, explica los términos de esta definición.

- *Quota dixi, quia non una est portio; sed pro liberorum numero varia: vel enim triens est, vel dodrans,*
- *...bonorum mentionem feci, quia non est hereditatis quota, sed bonorum.*
- *Non quod eae partes ab intesto debeantur, sed quod hic sit deducendi modus a Justiniano inventus.*

Estas dos últimas aclaraciones son importantes, pues en ellas expresa su posición acerca de la naturaleza jurídica de la legítima. A saber:

- a) No es *quota hereditatis* sino *quota bonorum*, conforme habían opinado Bartolo y Jasón. Esta naturaleza la contrasta, contraponiendo razones a favor y en contra, en el cap. XII, donde resuelve en resumen:
- *Ergo successionis depuratae ab omni aere alieno pars est, id est, bonorum. Eoque fit, ut non successionis, non hereditatis quota: sed bonorum dicatur* (6).

(6) Esta argumentación fue la de BARTOLO DE SASOFERRATO, *In primam Infortiati Partem...*, tít. "De heredibus instituendis", ley XXXV, *Ex jacto*, núm. 2; cfr. ed. Venecia, 1585, fol. 109 vto.: *Nam legitima filii sit quota bonorum, deducto aere alieno et funeris impensis; 1. Papinianus, § Quarta, ff. De inoff testam (Dig. VI-II, 8, § 9), sed quota bonorum aere alieno deducto non est pars hereditatis; 1. non amplius, § final, ff. De legat. (Dig. XXX, único, 8, 5 y 9), ergo non habetur, loco heredis.*

- Aunque, después de la Novela CXIII [115], cap. III, la legítima debía ser atribuida a título de heredero: el suplemento de legítima era debido por el mismo título que la atribución que debía complementarse, y así *quomodo adjectum rei legatae debetur, eodem jure: quo et ipsum legatum*; y al instituido *in non justa portione*, es decir, en porción menor, ésta podía complementársele con legados y donaciones mortis causa, *suppleret eam legatis, aut donationibus mortis causa* (7).
- A pesar de que al instituido en la legítima le corresponde el *judicio familiae erciscundae non utili... sed directo*; no obstante, si el testador asignó en dinero hereditario la legítima debe pasarse por ello, *quod, si hereditatis titulo relicta ei fuerit legitima, non erit aequum a voluntatis testatoris recedere in partitione bonorum*. Y ahí precisa que la *legitima deducatur de bonis* (*id est, detractore aere alieno*) *de rebus non deducitur, quia inter utrumque magna est differentia*, pues *substantia* (palabra empleada en la ley *Scimus, Cod. III XXVIII*, 36, para precisar el contenido de la *repletionem* del suplemento; pues Chifflet considera sinónimas las palabras *bona, pecunia, familia, universae res meae, omnia meae, patrimonium, facultates, census, fortunae, substantia, et alioquo casu, peculium*) *non corpora solum hereditaria, sed et nomina, et numeratam pecuniam contineri, verius est.* (8).

b) Que la legítima no es una parte de la cuota intestada, sino que la referencia expresa que se hace de ésta no indica sino solamente el modo establecido por Justiniano para determinar aquélla. Es decir, no se trató de establecer una delación legal de la cuota, sino de determinar cuál era —cuantitativamente— la cuota debida (9).

6. No deja de examinar Claude Chifflet el tema, que tan debatido fue por los autores de Derecho común, de si la legítima se debía por derecho natural o sólo por virtud del Derecho civil positivo (10).

Al hacerlo, parte de distinguir los principios del derecho natural en sentido estricto, y los primeros preceptos racionalmente derivados de aquéllos. Así se basa en la tripartición de Ulpiano (11) y, concre-

(7) Cfr., a este respecto, nuestro libro *Las legítimas*, cap. II, 6, Madrid, I. N. E. J., 1974, págs. 69 y sigs.

(8) Cfr. nuestra *Op. cit.*, cap. IV, § I, 3, págs. 191 y sig. Notemos que CLAUDE CHIFFLET es, entre los autores que hemos consultado, el que mejor trata esta cuestión.

(9) Ahí vemos implícita la distinción entre: la legítima como derecho a obtener el contenido correspondiente, y la atribución o delación del correspondiente contenido a la que en Derecho romano sólo se llegaba *ab intestato* en caso nulidad o recisión de la institución hecha por el testador, sea por el ejercicio victorioso del *ius discendi nullum* o de la *querella de inoficioso testamento* (cfr. nuestra *Op. cit.*, cap. VIII, § I, 4, págs. 741 y sig.).

(10) Cfr., en resumen, este debate en nuestra *Op. cit.*, cap. I, núms. 6 y 7, págs. 20 y sigs.

(11) Dig. I-I, 1, § 3.

tamente, con respecto a su proyección a la legítima sigue y cita Bartolo (12).

Respecto de la legítima de los hijos, apoyándose en el texto de Séneca, pr. *controvers. 28*, entiende que *non solum quadrans jure naturae debetur filiis, sed tota hereditas*, y concluye, en el cap. III, que *esse portionis naturalis particulam lege taxatam*. Es decir, estima debida a los hijos por derecho natural la herencia de los padres y que, en cambio, es de Derecho positivo la determinación de la cuantía de la legítima.

Al tratar, en el cap. X, de la legítima de los ascendientes, la contrapone con la de los descendientes, pues la sucesión de éstos en favor de aquéllos se produce *turbato ordine mortalitatis*, como leyó en la vieja inscripción antes aludida y como había expresado Papiniano (Dig. V.II, 15, pr.). Por ello, pese a concederse en ambas *cum pietatis ratio*, explica que *tamen ex diversis caussis delibatur*, pues: *Parentes enim ad bona liberorum ratio misererationis admitir; liberos natura simul et parentum commune votum*.

Por ello, acepta el criterio de que *legitimam, filiis debitam, simulque successionem esse a natura; legitimam vero parentum esse a naturali rationem, id est, alterum a mero jure naturali, alterum a jure gentium proficisci*, tal como Bartolo, al tratar de los alimentos debidos, distinguió en su comentario a la ley 5, Dig. V-III.

En el cap. XVI, precisa: *Cum naturalis ratio in bonis parentum liberis portionem assignet, ea tamen, pro diversitate caussarum, diversimodo a lege definita est*.

Es decir, que si bien la legítima es debida por Derecho natural, su determinación corresponde a la ley civil. Pero, esa determinabilidad, ¿puede permitir que por ley o estatuto se elimine la legítima? (13).

La respuesta afirmativa es rechazada por Chifflet: *repugnat enim talis assertio omni juri, verioque est illa sententia, quae legitimam non posse tolli statuit: nam jus civile ordinem et rationem naturae prorsus invertere non potest*. E insiste: *quamvis diminuta fuerit natura per jus civile, quod integrum jus successionis ad trientes et semisses rededit, nunquam tamen ab eo sublata fuit prorsus, sicut nec potuit filii nomen, quod est naturale tollere... quod igitur ius civile nequit, nec municipale poterit*.

(12) BARTOLO DE SASOFERRATO, *Super Institutionibus Iuris Civilis Commentaria, De iustitia et iure, rubr. § Iuris praecepta sunt*, núm. 3 (Cfr. ed. Venecia, 1585, pág. 59), distingue el *iure naturali* *primaevi in quo participant omnia animalia*, y el *ratione descendente a iure primaevi naturae*, a los cuales luego, en *In primam infortiatem partem*, al comentar el § *Parens*, ley 5, tit. III, lib. V, dig. 1 (cfr. ed. cit., pág. 35), los califica como respectivamente derivados *iuri naturali* y *naturali ratione*.

(13) Notemos que su contemporáneo castellano FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA (*De successionum creatione; progressu, effectuque, et resolutione tractatus*, pars. I, lib. II, § XX, núms. 296 a 233; cfr. ed. Salamanca, 1559, ff. 232 y sigs.) llegó a admitir que la ley o la costumbre no sólo podía excluir totalmente el deber de dejar la legítima a los hijos, sino incluso prohibir que se dejara, como ocurría con los mayorazgos en Castilla.

7. Del cómputo de la legítima se ocupa principalmente en los capítulos VI, VII y VIII.

En el cap. VI examina el *divisor global*, tanto en Derecho clásico como en el justinianeo, y plantea la cuestión de si en el supuesto de que, en este último Derecho, quedaran cinco hijos de dos matrimonios, cuatro del primero y uno del segundo, debía estimarse la legítima en la mitad y distribuirse por quintas partes iguales; lo que resuelve afirmativamente. Aun cuando observa que en el Derecho justinianeo corresponde por legítima más a cada hijo siendo cinco, que cuando son cuatro, pues mayor es el quinto de la mitad (que excede de un doceavo) que el cuarto de un tercio (igual exactamente a un doceavo).

También resuelve que el hijo instituido heredero debía contarse tanto para determinar la legítima global como la individual de sus hermanos.

De la determinación del *divisor individual* se ocupa en el cap. VII. El problema central lo refiere al cómputo o no del hijo a quien no le fuera debida la legítima, que va resolviendo por eliminación.

La hija que hubiera renunciado a la legítima sin cumplirse los requisitos del Derecho canónico, siendo así que su renuncia no sería válida, *inutilis haec renuntiatio non eximeret filiam a numero liberorum, in computatione legitimae; quia nec a legitima*.

En los demás casos se inclina por la no inclusión del hijo que no obtenga la legítima en el divisor individual: *sive jure, sive facto, id est delicto, aut testatoris praecepto, partem cum aliis, aut numerum in taxatione legitimae non facere*.

No obstante, el hijo desheredado que tenga pendiente su reclamación, *partem interim facet*.

Para él resulta, pues, claro que la parte del desheredado incrementa las demás legítimas individuales y no la herencia libre, razonándolo así: *quia ius ad crescendi inter conjunctos tantum locum habet ideoque et jus conjuctionis dicitur*, 1. si sub conditione, 16 D. Quib. mod. usufr. am. *Atqui exheredatus, cum institutis nunquam fuit conjunctus, neque re, neque verbis*. Ergo cum eis non potuit concurrere, nec proinde partem facere. Faterer tamen, incapacis partem jure ad crescendi iis heredibus competere, dummodo et hi judicio testatoris vocentur ad partem. *Cum vero heredes dicimus, volumus ita accipi, ut filiorum legitima exinde non augeatur, cum in legitima notum sit, heredes non esse, et jam dixerimus, legitimam quantitatem esse bonorum, non successionis*.

El *dividendo* debe establecerse a la muerte del causante —explica en el cap. VIII— y de ello deduce, en consecuencia, *quod ut damma et diminutiones patrimonii legitimam non minuunt, sic nec incrementa augeant*, como en la cuarta Falcidia.

La solución por la *quod servi, postliminio reversi, locupletionem faciant hereditatem* (1. servi. 4, 3, D. ad. L. Falcid.) no la admite como argumento en contra, pues, *id fictione postliminii, et jure singulari in rebus captiis inductum esse; in aliis vero, non item*.

Pero su réplica no se detiene ahí, sino que además advierte que

*ubi dicitur augere hereditatem servus postliminio reversus; non bona.* Por lo cual tampoco cabe la interpretación extensiva de ese texto, ni la analógica, que es repelida por la naturaleza jurídica de la legítima, como concluye: *De hereditate enim, non deduci legitimam certum est, sed de bonis; ut paulo ante dixi. Denique longe est honorum et hereditatis differentia; ut notissimum est: quia bona intelliguntur, deducto aere alieno, non item hereditas, 1. subsignatum, 39 § bona I.D, de Verb. signific., 1. últ. D. de usufr. Et hanc sententiam quae praecise tempus mortis spectat, in legitimae computatione et bonorum aestimatione, excluso exinde omni lucro, aut accessione, comprobant D. D. in d. 1. in ratione 30 (D. ad. 1. Falcid.).*

La fijación del dividendo también requiere determinadas *deducciones*, que examina en la parte final del cap. XII, analizando la detacción de *aere alieno et funeris impensis*. Estimando que *in aere alieno computabimos, quod testator cuicunque debuit, ut et eo nomine dos censeatur... non quod ipse heres debet*. Razón por la cual no se deducen los legados para computar la legítima, ya que aquellos si bien *in aere alieno heredis sunt; non autem testatoris*.

8. Hemos visto antes (n.º 5) que, en el cap. XII, Claude Chifflet se ocupa de precisar el contenido cualitativo de la *quota bonorum legitimaria*, indicando que *deducatur de bonis* y que *de rebus non deducitur*, pues la integran *non corpora solum hereditaria, sed et nomina, et numeratam pecuniam contineri, verius est*.

Esta precisión resulta imprescindible tenerla presente para seguir bien el raciocinio que desarrolla en la segunda parte del mismo capítulo XII, donde se ocupa de cómo debe satisfacerse la legítima. Su formulación es ésta:

— *quid juris erit, si testator simpliciter instituat filium in legitimam, utrum in rebus singulis substantiae defuncti debita portio ei competat?*

A su juicio, era incongruo detraerla de todos los bienes; por lo cual debía decidirse a quién correspondía la elección, y, en este punto, observó diversidad de opiniones en los intérpretes.

a) Algunos (Jacobo de Arena, Cyno) entendieron que el hijo legítimo podía elegir la cosa en la que quisiera tener la legítima.

b) Otros (Oldraldo Bartolo), estimando que los hijos tenían la legítima *in singulis quidem rebus*, entendieron que, la elección no podía corresponder al heredero ni al legitimario, sino al arbitrio judicial.

No escapa a Claude Chifflet la objeción de que en dos textos del Digesto, uno de Pomponio, *lex non amplius § cum bonorum, De legat* (I, Dig. XXX, único, 26, § 2) y otro de Scaevola, *lex generali, § últ., De usufruc. legato* (Dig. XXXIII-II, 32, § 9), se atribuye al heredero la elección, respectivamente: de las porciones de cosas o bien de su estimación en dinero, en un legado de parte de los bienes; o del dinero restante después de pagados los tributos o bien el usufructo del tercio deducidos los tributos, en un legado del usufructo de la tercera parte de los bienes.

Pero advierte, otra vez, que, conforme la ley *Scimus*, vers. *Repletionem* (Cod. III-XXVIII 36, pr.): *replenda erit legitima ex patris substantia*, por lo cual la determinación de su contenido concreto debe hacerse por arbitrio judicial.

*Ergo, etsi in omnibus substantiae hereditariae partibus, seu rebus legitimam filius habeat pro rata, quomodo socius in qualibet re societatis, tamen judicis arbitrio constitui potest, qua in parte, aut quibus in corporibus, vel nominibus, legitima ei sit adjudicanda.*

Es decir, la legítima no puede deducirse sin división. Pero sucede a veces que algunas cosas de la *substancia defuncti* son indivisibles, y entonces: *res, naturaliter indivisa, cum aestimationem recipiat*; y, en consecuencia, *ex ea re legitimam non detrabi, quae divisionem non recipiat: sufficit enim vel saltem aestimari posse* (14).

Otro supuesto en el cual admite que la legítima sea pagada por su estimación, lo observa cuando existe el *ius primogeniturae*. Advierte, no obstante, que en los feudos, según su género, en unos se debía la legítima y en otros no, como en los feudos regidos por Derecho común ocurría con las mujeres; pero advierte que eso era así en el *jure nostro municipali*, pudiendo pues ser admitidas las mujeres en el feudo *in iis legitimae jura consequentur*.

Señala asimismo que si bien los bienes legados no disminuyen la legítima, en cambio, no siendo éstos del heredero, éste no puede satisfacerla con aquéllos. Pero, pregunta qué ocurre si con los bienes no legados de la herencia no se cubre la legítima. Su respuesta, parte de que *legitimae rationem haberi in omnibus rebus hereditariis, quantumvis legatis; nisi quo casu trintem aut semissem bonorum, ex quibus debetur legitima, exederent*, para concluir que: *si semis aut triens integer supersit, ut inde legitimae portiones constitui possint id, quod excurrit, quia libere legari potuit.*

9. El capítulo XIII toca un tema que no es sino historia en el Derecho de nuestro Código civil. Pero la cuestión ha sido replanteada al compilar los derechos especiales de Cataluña y Baleares, regiones donde se mantienen las deducciones de las viejas leyes de Falcidia y Trebeliánica.

Claude Chifflet califica de *magna quaestio* la de si debía hacerse sólo una deducción o dos, acumulando en este caso la legítima y la falcidia o la legítima y la trebeliánica (15).

La doble deducción, dice *hodie receptissima est, propter auctori-*

(14) Cfr., en esta cuestión, la posición que respecto de la inteligencia de la ley 20 de Toro sostuvieron, en el mismo siglo XVI, los castellanos FERNANDO GÓMEZ ARIAS DE TALAVERA, TELLO FERNÁNDEZ, JUAN MATIENZO y ANDRÉS ANGULO, que nosotros investigamos en *Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código civil*, núms. 15 a 18, en A. D. C., XXIII-I, enero-marzo 1970, págs. 68 y sigs.

(15) Véase el examen que hemos hecho de esta cuestión en *Las legítimas*, cit., cap. XI, § III, núms. 1 y sigs., págs. 1085 y sigs., y núms. 16 y sigs., páginas 1112 y sigs.

*tatem, cap. Raynutius et cap. Reynaldus X de Testam.* de las Decretales. Pero advierte que *caussas et rationes inquirere, nostri est munieris*, viendo primero si resulta aceptable o no en el Derecho civil.

A su juicio, el Derecho romano no admitió la deducción de dos cuartas, viéndolo así ratificado por Paulo, en la 4.<sup>a</sup> del tít. 5 de sus Sentencias, al resolver que el hijo instituido heredero no podía alegar inoficiosidad teniendo cubierta su cuarta con el beneficio de la ley Falcidia o del Senadoconsulto Pegasiano. Criterio que considera no desmentido por las Novelas de Justiniano, sino más bien apoyado por la Novela 39.

La cuestión, sin embargo, fue muy debatida en el Derecho común, y el autor sigue detenidamente la polémica que comenzaron Martín Syllimanus y Odofredo y, aún antes, aunque más oscuramente, Pylio y Placentino.

La posición negativa la sostuvo Martin Syllimanus. Mientras Odofredo admitió la doble deducción en caso de condicionarse la restitución a tiempo ulterior, criterio seguido por Azón, quien resolvió: *Satis puto in omnibus his casibus unam quartam sufficere, nisi in casu, cum rogatus est filius institutus restituere hereditatem sub conditione, vel in diem.* También explica que, más tarde, Fernando Berengarius rechazó esa distinción que atendía a si la restitución debiera hacerse *statim* o *ex intervallo*, si bien la negó para opinar que en todo caso debían deducirse dos porciones.

Tanto este último criterio como el contrapuesto, que negaba en todo caso la doble deducción, valoraban —como el autor que comentamos— *quia iniquum esset, ei plus favere, qui minus gravatur;* puesto que, con el criterio de aplicar la doble deducción sólo en las restituciones condicionales, resultaba: que el *pure rogato restituere solam et meram portionem concedere; at vero jusso restituere sub conditione duas ultro attribuere: cum tamen levius sit hujus onus.*

Chifflet exclama: *Haec tamen a me in hac nobili quaestione disquisiti sunt! non eo animo, ut vulgarem et tritam sententiam de duplice deductione in conditionali fideicomiso loco depellerem, quae usu-judiciorum stet magis, quam rationem; quinimo quam scholis esse aprobatam...*

Sin embargo, observa que esta *praejudicata opinio* tenía varias excepciones, en virtud de las cuales nunca cabía la doble deducción:

1.<sup>a</sup> Tratándose de la legítima de los ascendientes, *quia pontificiae constitutiones in decendentibus tantum loquitur.*

2.<sup>a</sup> Cuando el hijo fue instituido *in re certa*, aunque condicionalmente rogado de restitución, pues en los citados capítulos canónicos la doble detacción *universali tantum heredi concessae sunt.*

3.<sup>a</sup> Si el padre estatuyere que la falcidia fuese imputada a la legítima, conforme la Novela 1, cap. 2, § 2.

4.<sup>a</sup> Si la legítima fuese de la mitad y no del tercio, pues sólo de éste hablan los cánones que establecieron la doble deducción en caso de restitución condicional.

*Quas omnes limitationes —concluye—, ac sententiae, prevaricantis a praeceptis civilibus, restricciones, quasi reductricas legitimi juris.*

10. La determinación de lo que debe imputarse a la legítima es el tema del cap. XIV, que comienza distinguiendo la *imputación* y la *colación*:

- *Colacionan* los herederos *liberi* a lo que *ab intestato* les corresponda; *imputan* a la legítima los hijos y quienes de los hijos traigan derecho.
- *Colacionan* si son varios en una herencia; *imputa* cada uno en su porción.
- La *colación* tiene lugar también en la sucesión abintestato; la *imputación* requiere que se deba legítima lo que presupone testamento.
- Se debe *colacionar* todo lo que debe *imputarse*; pero no es *imputable* todo lo que es *colacionable*.

Dos reglas presiden la imputación:

1.<sup>º</sup>) Sólo debe imputarse *ut repleatur legitima* y, por lo tanto, *ex paterna debet fieri substantia*. Por lo tanto, aquello que no sirva para cubrir la legítima tampoco debe ser imputado a ella.

2.<sup>º</sup>) Únicamente debe imputarse a la legítima lo que la ley expresamente determina; *cum extra legum praescripta nihil in eam veniat*.

En este segundo punto el autor se extiende larga y detenidamente para precisar las donaciones computables a la legítima, que en Derecho común —como es sabido (15)— eran las *ob causam*, que cuidadosamente va repasando. Incluso se detiene a examinar el Derecho municipal de Dola, para precisar la naturaleza de las donaciones contenidas en las capitulaciones matrimoniales celebradas conforme a las costumbres locales.

A la regla general de la no imputación de las donaciones simples *inter vivos*, señala como excepción: *nam si alii sint liberi, quibus etiam sola legitimae portionis iura supersint, et in quos tantumdem non fuerit parens donatione largitus, novo jure caatum est, donationem pro rata revocari: sic, ut aestimatio legitimae ad tempus reducatur, quo patrimonium nondum erat donationibus exhaustum.*

11. El examen de las acciones por las cuales podía pedirse la legítima ocupa el cap. XV.

Ante todo, sienta el autor, que el legitimario carece de acción antes de la muerte del causante, pues la legítima *non ante fuerit debita*, de lo que deduce *ut nec, patre dissipante substantiam, filii legitimae jure consequi debeant*; aunque sí puede el hijo *si patri, dissipanti scilicet, tamquam prodigo, curatur detur* (16).

(16) El tema de la posibilidad o no de que los hijos en vida de su padre, dilapidador o dulosamente enajenante, pudieran reclamar ante el juez para proteger su legítima futura, fue muy debatido por los juristas castellanos en el siglo XVI (cfr. nuestra obra cit. *Las legítimas*, cap. XII, § III, 2, págs. 1182 y siguientes).

Ya entrando en el examen de las acciones de que el legitimario dispone para obtener su legítima ya causada, distingue:

Originariamente, en caso de inoficiosidad, el legitimario disponía de la *querela inofficiosa testamenti*; pero con su ejercicio victorioso *nec tamen eam [quartam] consequbatur per querelam, quae majoris effectus erat, et totum testamentum subvertebat*. Sin embargo, el hijo a quien el padre hubiese dejado menos de su cuarta, podía optar según testimonio de Paulo: *vel convellendi judicium defuncti, proposita querela; vel si modestius agere voluisset, implementum quartae desiderandi, ut singularis illa Pauli sententia ostendit.* (i. 4, tít. 5, *Sentent.*).

Claude Chifflet observa: *Puto autem Justinianum, qui supplementi jus primus induxit, non leviter ea Pauli sententia fuisse motum.* Lo cierto es que, a partir de Justiniano, si el testamento era sólo en parte inoficioso no cupo ejercitar la querella, sino la reclamación del suplemento. La acción para reclamarlo fue una *condictionem ex ea lege Omnimodo*, acción que era *stricti juris y personalis actio*, que incluía la reclamación de los frutos devengados desde el día de la muerte del causante.

Sin embargo, para reclamar la legítima también se disponía de otras acciones civiles a pretorias.

Nuestro autor, al examinarlas, distingue según recibiera el legitimario su legítima a título de heredero o de legatario (17).

Si la legítima fue atribuida a título de heredero, al legitimario *pro rata hereditariae actiones dabuntur*, y, consecuentemente, correspondían al legitimario:

- la *petitio hereditatis adversus possessores*;
- la *familiae erciscundae adversus coheredes*;
- como *pro rata dominum: nam, cum in singulis rebus filius legitimae jus habeat: in re a tertio possessore detenta, poterit agere*, y,
- *adversus legatarios actiones movebit, quia: legata non minuere legitimam.*

Advierte que *cum ipso iure supplementum insit, ut aperte dicitur* 1. Scimus 36, in pr., C. eadem [III-XXVIII], si fue instituido heredero, *etiam fingatur filii in supplemento heres institutus*, por lo cual para obtenerlo *judicium familiae erciscundae posse adversus coheredem excercere* (18).

De recibir la legítima como legatario, podía reclamarla por *actione ex testamento*; y también por acción *hypothecaria*, pues *si legatarii ha-*

(17) Coincide en este punto el jurisconsulto de la Universidad dolana con la afirmación de VÁZQUEZ DE MENCHACA (loc. cit., núm. 516 y sigs., ff. 233 y sig.) de que *Supplementum vel augmentum est eiusdem formae et naturae, cuius est suum principale*, y en las consecuencias deducidas por este, aunque más detalladas en el jurista pinciano.

(18) Notemos también la coincidencia de VÁZQUEZ DE MENCHACA (loc. cit., núm. 523, vers. *Itaque*, fol. 234), quien, al señalar que el *officium judicis* cumple la función de *boni viri arbitratu repleri* de la ley *Scimus*, comentó: *Nec puto, quod officium judicis hoc casu quicquam differat ab officio ut arbitrio judicis assumpti in iudicio familiae erciscundae vel communis dividendo.*

*bent, multo magis liberi habebunt, quia in legitima legatariis praeferruntur.*

12. Los supuestos en que cesa el derecho a la legítima, son examinados en el cap. XVI. Después de rechazar, como hemos visto antes (núm. 6), que la ley civil o el estatuto municipal pudiesen excluirla, se ocupa: de su extinción por consentimiento del legitimario; de si cabe su pérdida por culpa del propio legitimario, y, finalmente, de su prescripción.

Admite como caso de extinción: *quo legitimae petitio extinguitur consensu ejus, cui debetur, contingit: puta, si legitimae renuntiaverit.*

Sin embargo, para que tal renuncia fuera posible, estima como previo *quae jam competit, et cuius petitio nata est.* Así, observa que por el § *Et generaliter* de la ley *Si quando* (Cod. III-XXVIII, 35 § 2), en derecho civil: *pactum, sive transactio, sive apocpha futurae legitimae invalida est.*

El derecho canónico, en cambio, admitió la renuncia hecha bajo juramento. Posibilidad recogida en el derecho municipal de Dola.

Trata también el autor de la debatida cuestión de si en la renuncia general (*generali renuntiatione*) se incluía también la de la legítima debida (19); inclinándose por la respuesta negativa, salvo si fue hecha *ut generalis renuntio jurata.*

Al tratar de si podía extinguirse la legítima por culpa del legitimario, no se refiere Chifflet sino a la posibilidad de que la legítima ya nacida se perdiera por un hecho posterior a su nacimiento. A este respecto se ocupa de examinar si, así como la falcidía y la trebeliánica se perdían por falta de inventario, acaso se producía algo semejante con la legítima. Su respuesta fue negativa: *Neque enim haec necessitas aliquo jure expresso legitimae est imposita; a qua gravamen omne potius excludunt.*

Finalmente señala en treinta años el plazo de prescripción de la acción para reclamar la legítima, ya se trate de *hereditatis petitio* o de *condictitia actio supplementi.* Nada tiene —advierte— que ver que la querella de testamento inoficioso prescriba a los cinco años, aunque la *actio ad supplementum* ocupe un lugar que había llenado la querella, pues observa una gran diferencia entre su respectiva naturaleza:

- *Querela testamentum evertit; condictitia conservat.*
- *Querela exheredato; condictio instituto datur.*
- *Querela non est actio; condictio mere personalis est.*

(19) La aplicación del § *Et generaliter* de la ley a la *Si quando* (Cod. III-XVIII, 35, § 2) a la renuncia a impugnar o a la aprobación del testamento en el que fuese gravada o excluida la legítima, dio lugar a una rica casuística en los comentarios de los autores de Derecho común, repleta de distinciones y subdistinciones. De ella nos hemos ocupado en *Cautelas de opción compensatoria de la legítima*, III, D; cfr. en "Estudios Jurídicos Varios", con ocasión del centenario de la ley del Notariado, sec. III, vol. I, Madrid, 1964, páginas 662 y sigs.

OFRENDA

Quede esta breve *relectio* como un homenaje de *pietas*, que rendimos a los borgoñones del Franco Condado, tan fieles a las Españas, que a su causa común aportaron sus bravos tercios con su enseña de aspas rojas de la cruz de San Andrés sobre fondo blanco, que dieron brillo a tres generaciones con notables escritores, historiadores, juristas... Hoy, cumplidos los tres siglos del final impuesto por la fuerza de las armas a su gozosa confederación...



# Cambio social y condición jurídica de la mujer casada

ENRIQUE FOSAR BENLOCH  
Notario

**SUMARIO:** I) Ideas preliminares.—II) Concepciones jurídicas de la familia.—III) El Derecho de familia ante el cambio social.—IV) Opiniones menos recientes de los autores españoles acerca de la condición de jurídica de la mujer en el matrimonio.—V) Noción de la potestad marital.—VI) Fundamento de la potestad marital: a) La naturaleza, ¿hace superior al varón y consiguientemente inferior a la mujer? Caso de admitirse tal superioridad, ¿puede considerarse inmutable, formando parte del Derecho natural? b) ¿La religión atribuye al marido la potestad de dirección del matrimonio? ¿Existe una norma moral católica que consagre tal potestad? Caso de existir, ¿las mudanzas de los tiempos pueden afectarla? c) La historia, ¿consagra la potestad marital?—VII) La potestad marital, ¿constituye un principio general de Derecho en nuestro ordenamiento positivo? Su entronque con los principios generales del Derecho.—VIII) ¿Existe un estado de mujer casada? Distinción entre incapacidad, prohibición y falta de legitimación de la mujer para realizar ciertos actos patrimoniales.—IX) La posición jurídica de la mujer casada y el tema de los derechos humanos: A) El renacimiento del Derecho natural: sus rasgos característicos. B) La noción de los derechos humanos. C) Los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y en la Declaración Universal de 1948. Especial referencia en dichos textos a la igualdad de sexos, al matrimonio y a la familia. D) La reciente doctrina social de la Iglesia en tema de derechos humanos, con especial referencia a la mujer y a la familia. E) La igualdad jurídica de los sexos como principio de Derecho natural. F) Derecho español: Leyes fundamentales.—X) Opiniones de nuestra más reciente doctrina acerca de la igualdad de sexos y la revisión legislativa que dicho principio comporta.—XI) La Ley de 22 de julio de 1961 y el Decreto 2.310/1970 de 20 de agosto.—XII) Líneas fundamentales para una revisión de la potestad marital.

## I. IDEAS PRELIMINARES

Podríamos decir que el análisis de la condición de la mujer es el tema de nuestro tiempo. Políticos de todas las tendencias, sociólogos, moralistas y escritores se ocupan del mismo. Si la gran preocupación del siglo XIX fue la condición obrera, la condición femenina —para

algunos, la marginación, la alienación de la mujer— es el gran desafío de nuestra sociedad.

Centrando nuestro estudio en el aspecto jurídico del problema, apreciamos que los juristas españoles de los últimos tiempos no podían menos de hacerse eco del mismo. Díez Picazo (1) afirma que “lo primero que llama poderosamente la atención —se refiere a los regímenes matrimoniales de bienes— es que éste sea hoy un tema que se encuentra, por decirlo así, en efervescencia.

También en esta materia han hecho crisis las tradiciones jurídicas y nuestro tiempo se ha lanzado a la busca de nuevas soluciones. Toda una serie de reformas legislativas y de proyectos de reforma jalanan las décadas de los años cincuenta y de los años sesenta. Hay una superación sociopolítica de los esquemas del mundo de las codificaciones. La clave es quizá el principio de equiparación de los sexos, que, si se mira bien, no es otra cosa que una concreta parcela de aplicación del principio general de la igualdad de todos los seres humanos y de superación de todas las formas de discriminación. La equiparación de trato jurídico de marido y mujer lleva a una decadencia del principio de jefatura y de dirección económica del marido, e impone una crisis de los sistemas comunitarios...”.

Contrastan tales afirmaciones —que nos han servido de guía en el presente estudio— con el curioso inmovilismo legislativo de nuestra patria, aunque no quepa desconocer ciertas reformas en pro de la promoción jurídica de la mujer, que quedan muy por debajo de las verdaderas necesidades (2). Podría decirse de nuestro legislador que concede a la mujer mercedes, más que derechos, demasiado cortas y demasiado tarde. Mientras los sociólogos de todo el mundo intentan exponer el problema de la condición femenina empleando la técnica psicoanalítica, aplicando el esquema del materialismo dialéctico o las técnicas más avanzadas de la sociología empírica, con abundancia de estudios concretos que el caso requiere, muchos de los autores españoles entienden que nuestra sociedad no está madura para un cambio, aun meramente jurídico y formal, de la condición de la mujer.

Mucho nos tememos que en esto, como en tantas otras cosas, “España es diferente”.

## II. CONCEPCIONES JURIDICAS DE LA FAMILIA

No es posible estudiar la problemática jurídica de la condición femenina en nuestra sociedad, sin exponer las diversas ideologías que conforman la familia en los varios ordenamientos jurídicos.

(1) Prólogo a *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, de Eugenio FERNÁNDEZ CABALEIRO, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1969, pág. 12.

(2) Una sucinta referencia de las mismas en *Los últimos avances en la condición jurídica de la mujer española*, de CASTÁN TOBEÑAS, en “Estudios de Derecho Público y Privado”, tomo I, “Estudios de Derecho Civil”, pág. 106, Universidad de Valladolid, 1965.

Sintéticamente, expone Vallet de Goyisolo (3), siguiendo a Radbruch, las diversas concepciones jurídicas de la familia:

a) Una concepción supra individualista que corresponde a la doctrina católica del matrimonio, basada en la doctrina del canon 1.013, que distingue entre fines primarios y secundarios del matrimonio. Los fines transindividuales son precisamente los considerados primarios del matrimonio. Esta concepción es desarrollada ampliamente en la Encíclica "Cati Connubii". Mientras la familia romana fue una familia fundamentalmente patriarcal, sin dejar de serlo, la familia católica eleva la condición de la mujer, según la Epístola de San Pablo: "Te daré compañera, pero no sierva". Si bien sin eliminar la jefatura del marido, como también enseña San Pablo al expresar que la mujer estará sujeta al marido como a Cristo su Iglesia.

b) Una concepción individualista, aferrada a la idea del contrato, en la que predomina el individuo, es decir, el interés egoísta de cada uno de los contrayentes. Como postura extrema de esta concepción, aparece la del amor libre, a la cual, lógicamente, ha de llegarse si se parte de considerar el matrimonio únicamente como la conjunción contractual de dos intereses egoístas. Si nos decidimos por una concepción individualista del matrimonio, éste se escapa del Derecho, huye de toda ordenación, con todas las consecuencias sociales que de ello puedan derivarse.

c) Una concepción político-estatal, concepción basada en la fuerza de la nación, en la expansiva presión de un pueblo hacia más allá de sus fronteras. Suele tender a destruir —igual que la concepción individualista, pero por razones contrarias— la fuerza orgánica de la familia, y para ello, va contra la superioridad de rango del marido —declarando la equiparación de sexos— e incluso a veces acepta la posibilidad del divorcio y de la disolución de la familia.

Creemos debe ampliarse el ya clásico esquema con algunas concepciones de la familia no suficientemente resaltadas en el mismo. Nos anticipamos a la fácil objeción que cabría formularnos, de mezclar el Derecho —nuestra exposición hasta el momento— con la política —lo que a continuación exponemos—. Porque cada una de las concepciones jurídicas de la familia antes expuestas obedecen a una determinada cosmovisión: respectivamente, la tradicional religiosa conservadora, la burguesa liberal secularizada y la autoritaria totalitaria. Cosmovisiones que han engendrado y siguen engendrando modos peculiares del quehacer político y de la organización social y, consiguientemente, ordenamientos jurídicos de la familia peculiares. También las concepciones político-sociales que a continuación exponemos tienen claras consecuencias jurídicas en el ordenamiento de la familia y en la condición femenina.

La meta fundamental a que aspiraba el nacional socialismo alemán, y para cuya consecución no reparaba en medios, era el logro

(3) *Panorama de Derecho Civil*, págs. 243 y siguientes, Bosch, 1963.

de una "comunidad alemana" racialmente pura. En tal sentido racista se inspiró su legislación familiar. Por lo demás subsistió un criterio autoritario y una evidente superioridad del marido en el matrimonio, retrasándose la emancipación de la mujer, a la que se quería sujetar a las tareas tradicionalmente femeninas.

Para Carlos Marx (4) la forma más fundamental de relación social es la familia, en cuanto relación del hombre con la mujer. La familia es ya sociedad y, sin embargo, no lo es más que a través de una naturalidad que aún no se ha suprimido. El hombre y la mujer son dos seres de la naturaleza que están entre sí en relación de necesidad recíproca: la mujer es naturaleza para el hombre y los dos esposos son objeto el uno para el otro.

Este carácter objetivo es, desde luego, causa de una degradación de la relación familiar que podrá aparecer en el capitalismo, en el cual el objeto pasa a ser de propiedad privada: la mujer será tratada como propiedad privada del hombre. Pasa a ser un objeto venal, que no es objeto natural del hombre, sino objeto, mercancía, alienado.

En cambio, en la sociedad restaurada, cuando la alienación ha sido suprimida, el otro hombre —la mujer— pasa a ser en cuanto tal, objeto de la necesidad del hombre. Ciento es que subsiste una relación dialéctica entre el hombre y el hombre, pero la unión triunfa sobre la división, porque cada uno ha pasado a ser el ser humano genérico.

Es justo apuntar que Marx critica vigorosamente lo que llama concepción familiar del comunismo vulgar (5). Los comunistas vulgares predicen la comunidad de mujeres. De propiedad exclusiva que era en el matrimonio, la mujer pasa aquí a ser propiedad general, común. En la comunidad de mujeres, en la cual nada se ha cambiado en esa relación de propiedad privada, que no ha hecho más que generalizarse, Marx puede decir que "llegamos a una prostitución universal".

Para Engels (6), el origen de la monogamia en Grecia no fue fruto del amor sexual individual, sino del cálculo y el interés individual. Fue la primera forma de la familia que no se basaba en condiciones naturales, sino económicas, y concretamente en el triunfo de la propiedad privada sobre la propiedad común primitiva originada espontáneamente. Preponderancia del hombre en la familia y procreación de hijos que sólo pudieran ser de él y destinados a heredárselos fueron los únicos objetivos de la monogamia.

La monogamia fue un gran progreso histórico, pero al mismo tiempo inauguró, juntamente con la esclavitud y las riquezas privadas, aquella época que dura hasta nuestros días y en la cual cada progresó-

(4) Expuesto en Jean IVES CÁLVEZ, *El pensamiento de Carlos Marx* páginas 446 y siguientes, Taurus, Madrid, 1966.

(5) Ob. cit., págs. 567 y siguientes.

(6) *El origen de la propiedad, la familia y el Estado*, extractado en *La emancipación de la mujer*, colección 70, págs. 89 y siguientes, Grijalbo, S. A., México, 1970.

es al mismo tiempo un regreso relativo y el bienestar y el desarrollo de unos verifícase a expensas del dolor y de la represión de los otros.

En el matrimonio moderno, la desigualdad legal de la mujer, que hemos heredado de condiciones sociales anteriores, no es causa, sino efecto, de la opresión económica de la mujer. Hoy, en la mayoría de los casos, el hombre tiene que ganar los medios de vida, que alimentar a la familia, por lo menos en las clases poseedoras; y esto le da una posición preponderante que no necesita ser privilegiado de un modo especial por la ley. El hombre es, en la familia, el burgués; la mujer representa en ella el proletariado.

Igualados por la revolución social ambos sexos en el matrimonio, incorporada la mujer al proceso productivo, cuando desaparecen las causas económicas por las que las mujeres han tenido que aceptar la infidelidad habitual de los hombres, la igualdad alcanzada por la mujer influirá mucho más en el sentido de hacer monogamo a los hombres que de hacer poliandras a las mujeres.

La monogamia subsistirá, si bien purificada de los caracteres que le han impreso las relaciones de producción a las cuales debe su origen: la preponderancia del hombre y la indisolubilidad del matrimonio.

La preponderancia del hombre en el matrimonio es consecuencia, sencillamente, de su preponderancia económica y desaparecerá por sí sola con ésta. La indisolubilidad del matrimonio es consecuencia, en parte, de las condiciones económicas que engendraron la monogamia y, en parte, una tradición de la época en que, mal comprendidas aún, la vinculación de esas condiciones con la monogamia, fue exagerada por la religión.

Si el matrimonio fundado en el amor es el único moral, sólo puede ser moral el matrimonio donde el amor persista.

### III. EL DERECHO DE FAMILIA ANTE EL CAMBIO SOCIAL

Si el mundo cambia, si el rol de la familia en la sociedad cambia, su Derecho deberá cambiar.

Afirma Recasens Siches (7) que los valores jurídicos se realizan en la vida humana y la vida humana es esencialmente histórica, esto es, siempre diversa y cambiante. En cada momento histórico y en cada situación concreta se da un mundo peculiar que, en parte muy considerable, es diferente de los mundos propios de otras épocas y de otras condiciones. A pesar de ser los valores ideas puras con intrínseca validez, en cambio su realización tiene que ser varia por virtud de las diferentes realidades y ha de cambiar a tenor de la modificación de esas realidades.

(7) *Introducción al estudio del Derecho*, págs. 300 y siguientes, Porrúa, Sociedad Anónima, México, 1970.

¿Cuál era el papel de la mujer en el seno del matrimonio y de la familia en los años de la Codificación? ¿Cuáles son los papeles del padre y de la madre, del esposo y de la esposa, y de los hijos en la familia española de 1971? Sin comparar dichas realidades entre sí, el legislador, ya mantenga el "statu quo", ya intente una reforma parcial de la legislación familiar, actuará en el vacío, de espaldas a las necesidades del país real, muy diverso del país oficial.

La estructura económica de nuestro país en los años de la Codificación era esencialmente agraria, subdesarrollada "...España seguía siendo el país agrario, de agricultura no capitalista, el país de escaso mercado interior; aún jugaba en el mercado exterior con sus materias primas, pero la salida de éstas se hacía en detrimento de sus propias posibilidades de industrialización... Mientras el mundo entero se lanzaba a la aventura exaltante del siglo XX, España era prisionera de los moldes de vida de otros tiempos..." (8).

En tal economía esencialmente agraria, la población activa agrícola era el 68 por 100 del total, la industria el 16 por 100 y la de servicios el 16 por 100 restante.

El varón, fuera aristócrata, burgués, campesino acomodado u obrero agrícola o industrial, aportaba a la familia los medios de subsistencia en la inmensa mayoría de los casos. La vida toda del país era esencialmente masculina. La mujer tenía un puesto subordinado en la sociedad; la administración del hogar y la crianza de los hijos era su esfera reservada.

Se veía con desconfianza el trabajo extrafamiliar de la mujer, al menos en la opinión de la clase media. Por supuesto que la mujer proletaria —agraria o industrial— se veía obligada a trabajar fuera de la familia. Pero la todopoderosa opinión pública afectaba ignorar tal necesidad del trabajo femenino, manteniendo la ficción de que "el puesto de la mujer está en el hogar".

Cualesquiera fueran las opiniones políticas o religiosas de los escritores de la época, no se alejaban mucho de la concepción supraindividualista de la familia que antes hemos expuesto, siguiendo a Vallet de Goytisolo (9).

En tal ambiente de autoritarismo familiar, no es extraño que nuestro Código civil introdujera con todas sus consecuencias "no sólo el principio de la facultad de decisión marital, al modo de las

(8) TUÑÓN DE LARA, *La España del siglo XIX*, pág. 342, Librería Española, París, 1968.

(9) "La mujer que se entrega completamente a la industria, el comercio, a la literatura, a las artes, suele ver con cierto desdén el hogar doméstico, tener deseos de alejar de sí a esos mismos hijos, cuya educación le está confiada, ver en ellos un obstáculo para sus elucubraciones mentales o sus trabajos científicos, y perder por fin su carácter... No es éste el camino que yo quisiera que la mujer siguiese: no fuera, sino dentro del hogar doméstico, creo que debe llenar su misión. En el hogar doméstico tiene la mujer su teatro, su asiento, su trono." PI Y MARGALL, *La misión de la mujer en la sociedad*, Rivadeneyra, Madrid, 1869, citado en *Informe sociológico sobre la situación social de España 1970*, pág. 491, Fundación Foessa, Madrid, 1970.

legislaciones de tipo germánico, sino aun el de la llamada autoridad marital. Pero esta autoridad en nuestro Derecho, que ha atenuado ciertas rigideces del Código francés, no implica una verdadera potestad ni una prerrogativa del sexo, sino más bien una función encomendada al marido por exigencias de unidad de gobierno y que se traduce para él en graves deberes y responsabilidades" (10).

Juan Ramón Capella (11) exagera un tanto el aspecto económico de la organización familiar española cuando afirma: "...En el Código civil, institucionalización suprema de la familia burguesa, sus miembros no son otra cosa que la personificación del capital —seguramente agrario y comercial—. Todas las instituciones de la familia tienen por único objeto determinar con exactitud la "voluntad" a la que el derecho atribuye la representación del capital... Las exigencias del capital, su tendencia a la acumulación y a evitar la desmembración, son tan fuertes que, en pleno siglo XX pueden privar a alguno de los miembros de la familia —a la mujer, señaladamente— en el Derecho privado, de conquistas casi afianzadas en el Derecho público...".

¿Cuál el contexto socioeconómico —luego expresaremos la ideología dominante— en que se desenvuelve el innegable cambio de la familia en el momento presente de nuestra patria?

La estructura de nuestra economía ha cambiado drásticamente desde los tiempos de la codificación: frente a los porcentajes que cita Tuñón de Lara de población activa, en 1971, sólo un 25 por 100 de dicha población se ocupa en la agricultura. España ha dejado, globalmente hablando, de ser un país subdesarrollado, para ser un país industrial. Con todos los desniveles regionales que se quiera, España ha entrado en el reducido número de los países desarrollados (12).

Pero es que la población activa agraria seguirá disminuyendo en el decenio iniciado en 1971. Curiosamente, las estadísticas oficiales y las prospecciones del futuro inmediato subestiman dicha disminución y presuponen una mayor estabilidad de la población agraria de lo que el inmediato pasado —decenio 1960-1970— permite deducir.

En tal contexto socioeconómico en cambio —se ha dicho que desde el siglo XIII, época de la repoblación en masa de la meseta sur y de Andalucía, Valencia y Murcia, jamás había cambiado de domicilio tal masa de población en España como en el decenio 1960-1970—, la proporción de mujeres en el conjunto total de la población activa ha pasado de ser un 20 por 100 del total a un 25 por 100, entre los años 1960 a 1967.

Se calcula que en 1975 trabajarán en España cuatro millones trescientas mil mujeres (13).

(10) CASTÁN TOBEÑAS, *La condición social y jurídica de la mujer*, págs. 173, Reus, S. A., Madrid, 1955.

(11) *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, págs. 24, Fontanella, S. A., Barcelona, 1970.

(12) *Informe sociológico*, citado, pág. 103.

(13) Id., íd., pág. 133.

La urbanización de la vida española, que se ha iniciado en ese decenio, la acumulación de la población en la periferia costera y en las grandes ciudades del interior, el mejoramiento evidente del nivel de vida de grandes masas de la población española, las pautas de vida de Europa que difunde la pacífica invasión del turismo y que producen un inevitable contagio en nuestro tradicional modo de vida... son otros cambios importantísimos que arrumban la noción un tanto idílica y estática que de la organización jurídica de la familia tuvo nuestro legislador de 1889.

En un país sacudidos por tales cambios socioeconómicos, la familia tradicional no podía quedar inmune a ellos.

Da fe de ello Cáritas Española, en su Plan CCB (14).

Sin embargo, la crisis familiar no es total, ni es admisible pretender que la desintegración de la familia avance en todos los frentes. En sólo unas pocas décadas, la ilegitimidad de los hijos ha llegado casi a desaparecer de la vida española: en 1920, de cada mil nacido vivos sesenta y dos eran ilegítimos, frente a quince en 1967.

Gran parte de la supuesta crisis de la familia hay que atribuirla a que el papel conjunto de la mujer en la familia va adoptando roles que trasciende la tradicional limitación de "sus labores". En este sentido, el papel de la esposa es cada vez más importante (15).

Quizá el tránsito hacia un tipo de familia más moderno esté representado por la mayor probabilidad de decisiones que se toman por "ambos" esposos. En el nivel más bajo de estudios y en las ocupaciones campesinas y manuales urbanas es donde menos frecuente es esa toma de decisiones por ambos esposos.

De acuerdo con una encuesta realizada por el Instituto de la Opinión Pública en 1968, el 71 por 100 de una muestra nacional opina que en el año 2000 la gente debería estar más unida que ahora a su familia, y sólo un 15 por 100 opina que realmente lo estará en esta fecha. Tal pesimismo, opinan los autores del Informe, es indudable que va a tener consecuencias (16).

Consecuencias, creemos, que se reflejarán en un importante retraso de la urgente mejora de la condición jurídica y social de la mujer en el seno de la familia. La opinión pública española, pesimista

(14) "La no existencia de un esquema o patrón familiar unánimemente aceptado lleva consigo la inmediata indeterminación de estatutos y papeles sociales dentro de la familia: ni los hijos aceptan el estatuto de jefe indiscutible y dictatorial (con jefatura en todos los terrenos) que el padre se asigna a sí mismo..., ni el padre acepta el estatuto que le asignan los hijos ni los estatutos que ellos se asignan a sí mismo, ni los hijos admiten el estatuto que el padre asigna a la madre... Todo ello trae como resultado que el cuadro familiar se convierta en un campo ideal para la aparición de toda clase de conflictos sociales y psicológicos. Esta situación puede igualmente provocar la aparición de fenómenos de desintegración: separaciones conyugales, infidelidades, emancipación de los hijos, etc. (Cáritas Española, Plan CCB, tomo 1, pág. 175, Madrid, Euramérica, citado en *Informe sociológico*, pág. 490).

(15) *Informe sociológico*..., pág. 491.

(16) *Id.*, pág. 493.

y conservadora, permitirá a muchos sostener que es prematuro acceder a un cambio en la condición jurídica de la mujer, que según ellos contribuirá a desintegrar aún más la familia tradicional.

Sin embargo, tal necesidad de reforma de la estructura de la familia tradicional la sostiene una pensadora tan poco sospechosa de radicalismo, María Jiménez Bermejo, al afirmar que “es común que al hablar de la familia se esté pensando en la estructura familiar que ha presidido el nacimiento de quien la defiende, es decir su, tu o mi estructura familiar. Pues bien, admitiendo que hay que defender a la familia, y precisando más, hay que defender la familia cristiana, lo que también se establece es que no se vincula la familia cristiana con el tipo de familia característico de una sociedad tradicional. Puesto que la familia cristiana puede funcionar, y de hecho está ya funcionando, con unas pautas de conductas distintas y diferentes de las que se dieron en la situación histórica precedente... lo cierto es que aun considerando a la familia en cuanto vinculada a un credo religioso moral, es evidente que la misma ha de sufrir las transformaciones necesarias para adecuarse a la nueva realidad. La familia, en cuanto elemento integrante de la estructura social, no puede permanecer aferrada a viejas pautas de conducta propias de una estructura social distinta y diferente de la actual” (17).

#### IV. OPINIONES MENOS RECENTES DE LOS AUTORES ESPAÑOLES ACERCA DE LA CONDICION JURIDICA DE LA MUJER EN EL MATRIMONIO

Pese a la evidencia de los fenómenos sociales que hemos descrito, la mayor parte de los autores españoles no dan señales de verse afectados por ellos. Tal vez ello obedezca a que pertenecen a generaciones menos recientes que las que encuadran a los autores a que luego nos referiremos.

“La familia española —se dice y se repite como un lugar común en muchos discursos y libros— ha sido siempre una prolongación del templo: por eso se llama “santuario” al hogar... Los padres y los hijos vivían en un ambiente de mucha intimidad. La mujer española era un ángel del hogar que, convertida en madre, era el compendio de todas las perfecciones y virtudes femeninas. La austeridad de nuestros hogares era ambiente propicio para moldear el carácter recto de los españoles y para crear aquel clima de catolicismo íntegro, recto, profundo y apostólico, en frase del Papa, que ha sido siempre característica de nuestro pueblo. La solución del problema que presenta hoy la familia ha de estar, según ese criterio, en volver a

(17) María JIMÉNEZ BERMEJO, *Presencia y participación de la mujer en la vida social*, en “Temas actuales de España”, págs. 19 y 20, Euramérica, 1971.

ese tipo de hogar que realizaba maravillosamente el ideal de la familia cristiana" (18).

En la misma línea ideológica se movió el ex'into cardenal Gomá, al afirmar que en España el marido es el administrador nato de los bienes de la sociedad conyugal, ni puede la esposa, sin consentimiento del marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes ni obligarse sino con las limitaciones establecidas por la misma ley. Son vestigios de la condición servil de la mujer en pasados tiempos, de que paulatinamente van purgándose los códigos de las naciones más adelantadas. Lo que no imponga la ley, cúmplase por la ley suprema del amor unitivo de los esposos, que como funden en un mismo crisol sus corazones, así establezca entre marido y mujer absoluto intercambio de bienes y participación igual, aunque en distintos planos, en el régimen financiero de las familias (19).

Castán, en su obra citada, aun reconociendo los cambios de la realidad socioeconómica de nuestra patria —mucho menos acusados en la época en que redactó esta obra que en el presente— afirma que "la incorporación paulatina de la mujer a las áreas de la vida profesional y social produce la evidencia de que deban serle reconocidos derechos que antes no tenía; pero como al mismo tiempo la tradición femenina se mantiene aún en muchos aspectos y, por fortuna, con bastante firmeza, ¿cuál será el régimen jurídico que convenga a esta nueva época de contradicciones y de transición a un orden nuevo que todavía aparece un poco lejano? No cabe resolver el problema de la mujer con una fórmula simplista, más teórica que real, como la de la igualdad de los sexos, la cual, además, falla cuando se trata del régimen conyugal y familiar, que requiere una unidad de dirección" (20).

Royo Martínez hizo notar que el matrimonio es unión de dos personas, por lo que, en caso de discrepancia entre ambas respecto de cualquier problema que afecte a la comunidad familiar, no cabe recurrir a la solución democrática que conduciría a un empate. No cabe, pues, negar la primacía del varón como no sea para concedérsela a la mujer. Y si es fácil clamar contra los privilegios masculinos resultarían difíciles la justificación e implantación de un nuevo matrariado (21).

Vallet de Goytisolo afirma que "no podemos olvidar —además— que los fines primarios del matrimonio son transindividuales: la procreación y la educación y elevación de la prole. El buen nombre, el

(18) Vicente Enrique y TARANCÓN, *La familia hoy*, Madrid, Euramérica, citado en *Informe sociológico...*, pág. 493.

(19) *La familia según el Derecho natural y cristiano*, Barcelona, 1942, citado en CASTÁN TOBEÑAS, *La condición social...*, pág. 75.

(20) *La condición social...*, pág. 91.

(21) *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, citado en PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, volumen I, *El matrimonio y el régimen matrimonial de bienes*, págs. 304 y 305, Barcelona, Bosch, 1967.

buen ejemplo, el sacrificio por este fin, son más importantes que el desarrollo de la personalidad del padre y de la madre. Ahí está el verdadero éxito o el verdadero fracaso de estos...

La historia es dinámica, incluso en la evolución de las ideas. No se para donde nosotros queremos. ¡Cuidado... cuando se tiene demasiada preocupación por los derechos del marido o de la mujer! A la larga o a la corta, esto repercutirá en contra de la familia, de los hijos. En bien de éstos, la preocupación de cada uno ha de centrarse en sus propios deberes y obligaciones... y el ideal es que estos deberes no se miren como una carga, sino, por impulso del amor, como un goce... ¡Ay, si la mayor preocupación de unos y otros llega a ser, para unos, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de la mujer...!" (22).

Corts Grau, iusnaturalista tradicional, apunta que "el contrato social es un acto de fundación. La unidad conyugal es la unidad de una institución en la que registramos un orden y una jerarquía: autoridad marital... Los fines del matrimonio trascienden de la voluntad originaria de los contrayentes... El matrimonio es, en definitiva, el acto de fundación de la institución familiar. Los rasgos institucionales apuntados en él se acentúan en la familia: patria potestad, comunidad de vida, integración en todos los órdenes, desde el afectivo hasta el patrimonial..." (23).

Más adelante haremos referencia a los autores que propugnan, con mayor o menor vehemencia, un cambio en la condición jurídica de la mujer.

## V. NOCIÓN DE LA POTESTAD MARITAL

Tal vez la mejor definición descriptiva de la potestad marital se contiene en el ya clásico estudio de De Cossío y Corral (24): "Según el artículo 57 del Código civil «el marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido». Esta relación jurídica, que impone, de una parte, el deber de obediencia, y de la otra, el de protección, en cuanto implica sometimiento, de la mujer al marido, no es otra cosa que la consecuencia del poder marital que nuestro Código consagra, siquiera dotado de un contenido ético y de una finalidad trascendente, que, al limitarle a las exigencias del bien de la familia, proscribe la posibilidad de cualquier abuso. El poder marital supone un conjunto de derechos propios del marido, a los cuales corresponde una posición subordinada de la mujer...".

(22) *Panorama...*, pág. 247.

(23) *Curso de Derecho natural*, pág. 399, Editora Nacional, 1970.

(24) *La potestad marital*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, tomo I, fascículo I, pág. 13.

## VI. FUNDAMENTO DE LA POTESTAD MARITAL

Preferimos, a cualquier posible fundación teórica de la institución, emplear el Preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil.

“Si bien es cierto —afirma el legislador— que el sexo por sí no debe dar lugar a diferencias y menos a desigualdades de trato jurídico civil, ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como principio fundamental, que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas derivadas de los cometidos que en ella incumben a sus componentes, para el mejor logro de los fines morales y sociales que, conforme al Derecho natural, está llamada a cumplir. Se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido, dentro de un régimen en el que se recoge fielmente el sentido de la tradición católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges.”

En una ocasión en que nuestro legislador pudo y no quiso suprimir, o al menos atenuar, la potestad marital, se reafirman los fundamentos de la institución: la naturaleza, la religión y la historia atribuyen al marido una potestad de dirección sobre su esposa.

Examinaremos separadamente y con detenimiento cada uno de los supuestos fundamentos de la potestad marital que estableció nuestro legislador, en un contexto anteconciliar, lo que obliga a extremar el rigor del análisis.

a) La naturaleza ¿hace superior al varón y consiguientemente inferior a la mujer? Caso de admitirse tal superioridad ¿puede considerarse inmutable, formando parte del Derecho natural?

Ha sido muy controvertido el tema de la superioridad o igualdad del varón con respecto a la mujer. No podemos extendernos mucho en la exposición de los argumentos biológicos ni en los históricos que han aducido feministas y antifeministas. Bastará para nuestro propósito aducir las conclusiones de Castán Tobeñas (25).

“Las pruebas históricas sociales y las suministradas por la anatomía, que son las preferidas de feministas y antifeministas, resultan en realidad insuficientes para resolver el problema de la naturaleza y condición de los sexos: por eso estimamos nosotros procedente acudir en demanda de datos y enseñanzas a la psicología y a la fisiología, que, rectificando la tesis de la igualdad mental de los sexos nos presentan: la primera, la de su equivalencia o paralelismo mental; la segunda, la de la distinción sexual sobre la base de la maternidad como

(25) *La condición social...,* pág. 21.

característica esencial de la organización y funciones de la mujer..."

"*Del estudio de la diferenciación psíquica de los sexos... no resulta suficientemente justificada la preeminencia del varón en la sociedad* pública y menos en la sociedad familiar. Pero hay un aspecto, muy fundamental por cierto, en la biología de los sexos que obliga a mirar con mucha cautela las conclusiones del feminismo igualitario. Y es que los feministas hacen abstracción de la misión de la mujer, de su especial función en la reproducción de la especie" (26).

El feminismo igualitario "...impondría a la función maternal duros sacrificios: al igualarse al hombre perdería la mujer su feminidad y todos los más salientes rasgos de su fisonomía psicofísica, y como no es deseable una degeneración tan desastrosa, hemos de rechazar con todas nuestras fuerzas al feminismo radical, mientras no nos convenza esta escuela satisfactoriamente de que la mujer libre e igual al hombre podría seguir siendo mujer y madre con toda la plenitud que su misión en la vida, que en la sociedad y en la familia exige" (27).

La única razón que aduce la teoría de la superioridad del varón y consiguiente inferioridad de la mujer en el matrimonio estriba en que la función maternal, o existe en el caso concreto y ata a la madre a la educación y cuidado de los hijos, o caso de no existir, predetermina la psicología femenina en un sentido afectivo y pasivo, que impide a la mujer ostentar el mando en el matrimonio.

Frente a tales opiniones conservadoras, que, no negamos, sintetizan un poderoso estado de opinión en nuestra patria, se alzan voces discordantes. Castilla del Pino (28) sostiene que "se aduce con frecuencia que si la mujer, en lo tocante a sus realizaciones, no ha dado nada que por asomo sea comparable a los rendimientos que el hombre aportó a lo largo de la historia, es por no otra razón que por el hecho de que su condición "natural" es distinta a la del hombre y, en consecuencia, en orden a lo que consideramos progreso, los rendimientos de la mujer han sido inferiores. De ello cabe concluir que la condición "natural" de la mujer, respecto del hombre, es la de su inferioridad..."

Es cierto que este punto de vista puede ser deformado, en otros momentos, mediante eufemismos, sobre todo en forma de una nueva —esta vez cortés— mitificación. La mujer no es inferior, se dice. Sus rendimientos, en orden a lo que se llama progreso, han sido ciertamente inferiores, casi nulos. Pero —eso sí— la maternidad, el cuidado del hogar, son dedicaciones excelsas. Por eso, la mujer debe quedar y centrar su esfuerzo en el cultivo de las cualidades que encarnan lo que, sin mayores esfuerzos, se denomina su femeneidad. La mujer es superior, se concluye, precisamente en eso que se ha estima-

(26) Id., id., págs. 42 y 43.

(27) Id. id., pág. 49.

(28) *Cuatro ensayos sobre la mujer*, págs. 14 a 16, Alianza Editorial, 1971.

do su inferioridad... Tales concepciones que... no parten por desgracia solamente del hombre, sino que las comparten también muchas mujeres... son netamente inmovilistas y bajo el disfraz de una consideración "muy elevada" de lo que la mujer es en su "calumniada" inferioridad, pretenden hacer permanente, mediante la gratificación más hipócrita, que la mujer siga ahí donde siempre estuvo, por lo menos entre nosotros. Se le paga a veces con palabras que se estiman gratas —"todas las madres son bellas", ha dicho monseñor Escrivá— otras veces, cuando se puede con hechos, de manera que la mujer aparezca más y más gratificada en su condición "femenina". Pero con ello se persigue que, por lo pronto, persista su condición de estupidez, de tal manera que pueda continuar siendo objeto, pura cosa, al servicio del hombre y nada más...".

Kate Millet (29), en un tono mucho más radical que Casilla del Pino, define la alienación femenina aduciendo que a la mujer le son negados los derechos humanos a través de su estatuto de bien poseído. El efecto acumulativo de la religión y de las costumbres es aún muy poderoso y tiene consecuencias psicológicas enormes. La mujer está todavía privada de libertad sexual y del control biológico sobre su propio cuerpo. Como la historia de la cultura patriarcal y las representaciones de sí misma a todos los niveles de sus medios de información culturales, pasados y presentes, tienen un efecto destructor sobre su imagen, la mujer está habitualmente privada de todas las fuentes de dignidad o de respeto de sí misma. Teniendo interiorizado la desconsideración que les es dispensada, las mujeres se desprecian simultáneamente a sí mismas y a las otras. La mujer constituye una minoría semejante a la de los negros en los Estados Unidos: los atributos que el sentido común atribuye a los negros y a las mujeres son semejantes.

Entre el conservadurismo de Castán Tobeñas y el radicalismo de Kate Millet —personalidades que parecen radicar en dos planetas distintos— creemos que debe existir una opinión moderada, reformista de la condición de la mujer, que abra una vía al buen sentido.

Creemos es muy importante, a tal respecto, la opinión de Alva Myrdal y Viola Klein (30) que sostienen que "las investigaciones, llevadas a cabo por psicólogos y sociólogos, han probado que la mayoría de las mujeres son tan buenas como la mayoría de los hombres en la mayoría de las disciplinas: que individuos de un mismo sexo varían siempre más entre ellos de lo que pueda diferir cualquier promedio de ambos sexos; y que cualquier diferencia moderada en los logros del promedio de un sexo en un campo determinado queda

(29) *Sexual politics*. Lo traduce al portugués GISELA DA CONCEIÇÃO, y se inserta en *Cadernos D. Quixote*, número 37, titulado *Mulheres contra homens?*, Publicações D. Quixote, Lisboa, 1971.

(30) *La mujer y la sociedad contemporánea*, Ediciones Península, 1969, pág. 19.

equilibrado por otras diferencias en otro de sentido contrario..." "ya nadie pone en duda seriamente la capacidad de las mujeres..." "...Por otra parte, el extenso descontento actual entre las amas de casa que viven en una ciudad da testimonio del hecho de que cuidar a un hombre y a una familia de dos... no es, en las actuales condiciones, suficiente para llenar los muchos años de la vida de una mujer ni puede proporcionarles la satisfacción de pensar que está haciendo su parte... muchas mujeres han empezado a tomar conciencia del hecho de que sus niños no serán niños toda la vida y que sus maridos, por apasionados que se muestren actualmente al hacerles la corte, no es probable que sigan así durante el medio siglo de vida matrimonial estadísticamente probable en la actualidad..." (31).

"Podemos decir que el ama de casa promedio emplea todo su tiempo en tareas domésticas necesarias que deberían requerir únicamente un cuarto a un tercio de su vida adulta normal" (32).

Se justificaba, en las épocas en que la esperanza de vida de ambos性es era de unos treinta y cinco años, dedicar a la mujer a la crianza de los hijos, crianza que absorbía la mayor parte de los años de su vida. De ahí era lógico inferir la inferioridad de la mujer: atada a su hogar no podía, ni debía, desempeñar otra misión que la de la perpetuación de la especie, dejando el resto de las actividades de la civilización a cargo del varón.

Tal estado de cosas duró en nuestra patria, como en la mayor parte de los países occidentales, hasta fines del siglo pasado. Pero a partir de esa época, los progresos de la medicina consiguen un gran éxito para la especie humana: en la mayor parte del mundo civilizado, y, desde luego, en nuestra patria, la esperanza de vida se ha doblado. En 1970, la esperanza de vida de la mujer española se acerca a los setenta años. Durante largos años de la madurez, la mujer se va a ver privada de su quehacer tradicional: la crianza de los hijos.

Estadísticamente es un hecho que hay más mujeres que hombres: en España aproximadamente un millón más de unas que de otros. Estadísticamente es imposible, pues, evitar la soltería como fenómeno social. ¿Qué gratificación deberá conceder la sociedad a unas mujeres privadas necesariamente de la maternidad legal?

¿En virtud de qué principio natural intangible se va a sujetar a la mujer, libre, por la propia evolución demográfica de la especie, del cuidado de los hijos durante largos decenios de su vida?

Concluimos que las innegables diferencias somáticas y psíquicas de ambos性es no atribuyen una inferioridad al sexo femenino y una superioridad al masculino.

La inferioridad de la mujer es un producto de milenios de cultura patriarcal, es de hecho, y no debe constituir un fundamento para la discriminación legal. La función maternal no debe establecer una in-

(31) Id., íd., pág. 29.

(32) Id., íd., pág. 31.

ferioridad en perjuicio de la mujer, por mucho que se la disfrazce con bellas frases, sino dar derecho a una protección temporal y adecuada al problema que trata de resolver, nunca alienadora.

En otro sentido, puede entenderse que la potestad marital es de Derecho natural. Así parece sostenerlo el Preámbulo de la ley que antes hemos transcrita.

No faltan argumentos de autoridad que avalen tal fundamento. "Por ley natural la mujer está sujeta al varón, porque por ley de naturaleza abunda más en el hombre la ponderación de la razón", afirmó Santo Tomás en la "Suma Teológica" (33).

Tal autorizada opinión ha permitido a los iusnaturalistas, sobre todo a los más tradicionales, afirmar desde diversas posiciones que forma parte del orden natural la autoridad del varón en el matrimonio y la consiguiente sujeción de la mujer.

Sin embargo, y sin negar el argumento de autoridad, débil en la lógica tradicional, creemos importante llamar la atención sobre una profunda reflexión de Recasens Siches (34) acerca de lo que podríamos llamar "la inflación del Derecho natural". "En el siglo XVIII a la idea de la naturaleza humana se le dió una extensión muy grande, metiendo dentro de la misma componentes meramente accidentales, aportados por situaciones históricas contingentes, pero que fueron absolutivizados de manera indebida. Por el contrario, la filosofía y las ciencias empíricas de nuestro tiempo han evidenciado el hecho de que la naturaleza del hombre abarca un área muchísimo menor de lo que en otra época se había imaginado; y han evidenciado también el hecho —todavía más importante— de que lo peculiarmente característico del hombre es que su vida tiene una fabulosa plasticidad, tanto en su soporte biológico, como también en su específica realidad humana, es decir, en lo que efectivamente es y hace, en el contenido que cada quien da a su propia existencia... No se puede cambiar la naturaleza humana primaria, porque ésta es esencial, necesaria, constante y universal. Pero, en cambio, es posible cambiar las "segundas naturalezas", porque éstas han sido configuradas por los hábitos, por las costumbres y por otras influencias sociales... el hombre de hoy, que vive en una nueva circunstancia, en un nuevo contorno, en un mundo diferente del que encontró el hombre de ayer al iniciar su existencia, modificará por su propia cuenta este legado recibido... Los progresos en los estudios antropológicos, psicológicos y sociológicos tienen que abrir nuevas perspectivas a las meditaciones prácticas de estimativa jurídica o Derecho natural. Es decir, tales estudios habrán de suministrar luces para obtener nuevas perspectivas y directrices en las aplicaciones concretas del Derecho natural".

Repensando radicalmente toda su disciplina, conjunto de meditaciones de altos espíritus sobre el fundamento último de lo justo y

(33) Citado en CASTÁN, *La condición social...*, pág. 69.

(34) Obra citada, págs. 294 y 295.

de lo injusto, a la luz de los datos todos que le brinda el conjunto de ciencias sociales y jurídicas, y de su propia reflexión personal, evitará el iusnaturalista la agria crítica de Juan Ramón Capella (35) y no se dejará deslumbrar con el argumento de autoridad de Santo Tomás de Aquino, que hay que situar en un contexto histórico radicalmente distinto del nuestro.

Es así como Puy (36) se pronuncia en términos templados en torno al fundamento iusnaturalista de la potestad marital, aun dentro de la corriente del iusnaturalismo católico tradicional. No creemos que la razón que aduce de ser indispensable en el matrimonio el poder decisorio de uno de los cónyuges sea incontrovertible. En un contexto histórico basado en la superioridad del Derecho sobre la mera fuerza física, las eventuales disensiones pueden tener otra salida que el "iussus" del marido.

b) ¿La religión atribuye al marido la potestad de dirección del matrimonio? ¿Existe una norma moral católica que consagra tal potestad? Caso de existir, ¿las mudanzas de los tiempos pueden afectarla?

Sería muy fácil dar por resuelta la cuestión en sentido afirmativo, trayendo a colación la conocida sentencia de San Pablo en la Carta Primera a los Corintios (11,2 y 11): ... "Mas quiero que sepáis que Cristo es la cabeza de todo hombre, como el hombre es cabeza de la

---

(35) "El llamado Derecho natural alega la existencia de un conjunto de principios jurídicos de variopinta manera fundamentados, superiores al Derecho positivo y con el que éste debe concordar... La no historicidad de estos principios y la consiguiente imposibilidad de enumeración de los mismos suscitan un considerable problema (o pseudo problema, si se llama así a las cuestiones mal planteadas, imposibles de resolver...). En definitiva, la operación se resuelve hoy, independientemente de las intenciones de los autores, en apología en bruto del Derecho positivo... Los manuales de estudio del Derecho natural acaban siendo una pobre suma de doxología inorgánica, sobre la cuestión, preceptos de la legislación positiva o del C. I. C., proverbios morales y sentencias populares al gusto del autor" (obra citada, págs. 19 y 20).

(36) "... las circunstancias de efectiva debilidad —física primero e intelectual después— de la mujer, han hecho que durante mucho tiempo y en aras de una mayor protección del matrimonio, la prole y la familia toda, se haya considerado como norma natural la que atribuía al varón la primacía o superioridad plena sobre la mujer en la familia. En nuestros días..., tal norma sólo puede considerarse justa si se la entiende como una "presunción jurídica" general y subsidiaria, basada en la costumbre anterior. Lo que significa que, supuesto que pueden darse casos límites de desacuerdo irreductible entre los cónyuges a la hora de tomar una decisión concreta, por fuerza hay que atribuir a uno de ambos el poder decisorio, en el sentido de "voto cualificado" que tienen los presidentes de los cuerpos colegiados, para dirimir los empates. En consecuencia, y cuando se den los supuestos de desarrollo femenino suficientes, las leyes humanas de las correspondientes comunidades sociales tendrán que suprimir, en plazos cada vez más perentorios, todas aquellas disposiciones de carácter positivo que constituyen verdaderas discriminaciones odiosas por razón del sexo, permitiendo, al menos, las estipulaciones matrimoniales dirigidas a consagrarse en el caso concreto la presidencialidad de la mujer" (*Lecciones de Derecho Natural*, tomo I, pág. 432, Santiago de Compostela, 1970).

mujer... Por tanto, debe la mujer traer sobre la cabeza la divisa de la sujeción".

Pero no olvidemos que las Sagradas Escrituras deben ser interpretadas en su contexto histórico (37). Una interpretación tan autorizada como la de la Encíclica "Casti Connubii" reconoce la sujeción de la mujer al marido, pero templando considerablemente su alcance, configurándola como una función en interés de la familia, y dando paso a un feminismo cristiano que modere tal sujeción (38).

Para la Iglesia, sobre todo en el mundo actual, bastaría que el marido ostentase en el matrimonio una jerarquía puramente moral, sin necesidad de norma alguna jurídica que diera consistencia a tal primacía, semejante a la de un rey constitucional. No es misión de la Iglesia pedir ayuda de la fuerza pública para urgir el cumplimiento de normas morales, ni misión del Estado consagrarse con carácter de jurídico todo precepto moral.

La Constitución Conciliar "Gaudium et Spes", para nada habla de la autoridad del marido en el matrimonio, ni tampoco lo hace el "Catecismo Holandés para adultos". Uno y otro texto hacen hincapié en el mutuo amor de los esposos y en la notas de unidad e indisolubilidad del matrimonio, pero para nada se refieren a la doctrina de la "Casti Connubii", que, no olvidemos, admite el cambio ex-

---

(37) "Para descubrir la intención de los hagiógrafos, entre otras cosas hay que atender a los "géneros literarios", puesto que la verdad se propone y se expresa ya de maneras diversas en los textos de diverso género históricos, proféticos, poéticos o en otras formas de hablar. Conviene, además, que el intérprete investigue el sentido que intentó expresar y expresó el hagiógrafo en cada circunstancia según la condición de su tiempo y de su cultura, según los géneros literarios usados en su época. Pues para entender rectamente lo que el autor sagrado quiso afirmar en sus escritos, hay que atender cuidadosamente, tanto a las formas nativas usadas de pensar, de hablar o de narrar vigentes en los tiempos del hagiógrafo, como a las que en aquella época solían usarse en el trato mutuo de los hombres (*Constitución dogmática sobre la divina revelación, Concilio Vaticano II*, en "Constituciones, Decretos, Declaraciones", página 135, editada por Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1965)".

(38) "El grado y modo de tal sumisión de la mujer al marido puede ser diverso, según las varias condiciones de las personas, de los lugares y de los tiempos... Pero tocar o destruir la estructura familiar y su ley fundamental, establecida y confirmada por Dios, no es lícito en tiempo alguno ni en ninguna parte... La igualdad de derechos, que tanto se amplifica y exagera, debe, sin duda alguna, admitirse en cuanto atañe a la persona y dignidad humana y en las cosas que se derivan del pacto nupcial y van anejas al matrimonio; porque en este campo ambos cónyuges gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas obligaciones; en lo demás ha de reinar cierta desigualdad y moderación, como exigen el bienestar de la familia y la debida unidad y firmeza del orden y la sociedad doméstica. *Y si en alguna parte, por razón de los cambios experimentados en los usos y costumbres del comercio humano, deben mudarse algún tanto las condiciones sociales y económicas de la mujer casada, toca a la autoridad pública acomodar los derechos civiles de la mujer a las exigencias y necesidades de estos tiempos*, teniendo siempre en cuenta lo que reclaman la natural y diversa índole del sexo femenino, la pureza de las costumbres y bien común de la familia; y esto contando con que quede a salvo el orden social de la sociedad doméstica..." (citada en CASTÁN TOBEÑAS, *La condición social...*, pág. 71).

perimentado por los usos y las costumbres del comercio humano (39).

Pablo VI en la "Octogesima Adveniens", afirma que "asimismo, en muchos países, un estatuto sobre la mujer que haga cesar una discriminación efectiva y establezca relaciones de igualdad de derechos y de respeto a su dignidad, es objeto de investigaciones y a veces de vivas reivindicaciones. Nos no hablamos de esa falsa igualdad que negaría las distinciones establecidas por el mismo Creador, y que estaría en contradicción con la función específica, tan capital, de la mujer en el corazón del hogar y en el seno de la sociedad. La evolución de las legislaciones debe, por el contrario, orientarse en el sentido de proteger su vocación propia, al propio tiempo que a reconocer su independencia como persona y la igualdad de derechos a participar en la vida económica, social, cultural y política".

Por último, Karl Rahner (40) advierte que "En su relación con este mundo, la Iglesia misma está todavía en profundo devenir... la Iglesia puede renunciar a ciertas zonas sacrales por estar históricamente condicionadas.

La Iglesia institucional no está en condiciones de elaborar directamente y en todo momento las preguntas y las respuestas éticas y religiosas que surgen o se buscan en el ámbito de las posibilidades creadoras. Esto no representa una capitulación ante un concepto existencial autocrático del hombre actual, ni una retirada de un mundo meramente profano a una región puramente sacral, sino que se con-

(39) "En la línea conciliar y a lo largo de su sistematización, se tiene la impresión de ir ascendiendo, de cubrir etapas, la última que se ha señalado, por sabida había sido menos olvidado. Pero se observa cómo algunos aspectos que el hombre actual, al reflexionar sobre sí mismo, se había hecho, son confirmados por el Concilio.

Al recordar ahora la evolución de la teoría jurídica y de la doctrina moral se observa cómo ambas han discurrido paralelas en su condicionamiento histórico y cultural, si bien divergentes en matices y puntos concretos.

Mientras la teoría jurídica, al poner el acento en el hombre, se impregna de desconfianza hacia la mujer, desconfianza que lleva a limitar su capacidad de obrar con normas expresas y definidas, la doctrina moral no deja de recordar y poner el acento en los valores morales de la mujer, sobre cuyos hombros asienta toda la sanidad de las costumbres y la perdurabilidad de la familia. La mujer aparece así como un gigante por sus valores espirituales y una incapaz en el campo civil, económico y profesional. Y lo paradójico es que ambas posturas se hermanan y perduran sin demasiadas discusiones sobre su básica contradicción.

El esbozo orientado de antropología cristiana —al decir de E. Schillebeeckx— que contiene el texto conciliar, supera ese dualismo existencial, al situar hombre y mujer en un mismo plano y al llamar a ambos a su misión divina y temporal. Dicha perspectiva se hace aún más humana al partir de ella para el posterior desarrollo de su dimensión familiar" (María JIMÉNEZ BERMEJO, Ob. cit., página 23 y 24).

"Ha sido la cultura la que hizo de la relación hombre-mujer una relación señor-esclavo. Es de... esperar que dicha etapa se supere", dice Lefevre.

La etapa postconciliar es la etapa del diálogo auténtico entre los sexos (id. id. pág. 26).

(40) *¿Crees en Dios?*, págs. 80 y 81, Taurus, 1971.

sidera seriamente a los laicos cristianos como testigos de la Iglesia en el mundo".

La potestad marital, en la doctrina católica del matrimonio, no es un principio dogmático, ni siquiera una regla moral universal y absoluta: admite temperamentos y es perfectamente lícito a los cristianos propugnar la equiparación de los sexos en el matrimonio sin que por ello padezca lo más mínimo una regla como la de la potestad marital que más es un deber del varón que una sujeción de la mujer.

La Iglesia española ha sido perfectamente sensible a los vientos de cambio que soplan en el mundo en torno a la condición de la mujer, cuando en una de las proposiciones aprobadas en la Asamblea conjunta de Sacerdotes y Obispos de septiembre de 1971, afirma: "...Los derechos reconocidos en la Iglesia a los bautizados se refieren con plena identidad al varón y a la mujer. El papel de la mujer en todos los órganos de corresponsabilidad seglar debe realizarse en paridad con los varones, suprimiendo cuantas diferencias provienen de condicionamientos históricos o sociológicos".

c) La historia ¿consagra la potestad marital?

Creemos que nuestro legislador, al atribuir a la Historia un papel legitimador de las instituciones, cae en los excesos de la Escuela Histórica del Derecho. Ciertamente que dicha Escuela representó un inegable avance respecto de una concepción excesivamente racionalista de la legislación (41). Pero su excesivo respeto hacia el pasado —hacia una determinada concepción idílica y convencional del pasado— frena el despliegue de las virtualidades progresivas que ese mismo pasado encierra y que pueden ser desenvueltas por el presente.

Hoy se ha dado un giro copernícano hacia una determinada concepción de la Historia, más preocupada de los problemas del presente, que son los del futuro.

Cedemos la palabra a Joan Reglá (42) "...Antes el historiador partía de unos orígenes remotos, de un pasado que era pura arqueología, y se detenía en los umbrales de su propio mundo, con la preo-

(41) "Las concepciones antihistoricistas entienden que el Derecho puede ser creado en cada momento por el arbitrio de las personas investidas del poder legislativo, con completa independencia del derecho de los tiempos pasados. La Escuela Histórica, en cambio, estima que la materia del Derecho está dada por el pasado de la nación; no, sin embargo, de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta o la otra accidentalmente, sino procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. Es decir, el derecho es fruto de una ininterrumpida tradición, exponente de la vida, en su doble y elemental dimensión de espacio —un pueblo— y —tiempo— el pasado, o mejor, la continuidad histórica. Con ello no se cierran las puertas a toda idea de progreso. La propia creencia en la continuidad histórica lo impide. Cada época habrá de cuidar de mantener fresca y rejuvenecida esa materia jurídica nacida en virtud de una necesidad interna" (HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Tomo I, pág. 94, Madrid, 1971).

(42) *Introducción a la Historia*, pág. 13, Editorial Teide, Barcelona, 1970..

cupación esencial de no abordar temas "actuales", puesto que éstos, según cómodamente se decía, "no eran Historia, sino política" y el historiador quería ser, ante todo, un intelectual "no comprometido". Hoy, en cambio, el historiador es esencialmente un hombre del todo "engagé" en la problemática general del mundo: en función de la vida —es o es, del presente— interroga al pasado, a lo que ya dejó de existir, a través de sus huellas. La preocupación "actual" —el interés por cada "presente" constituye el objetivo primordial de cada historiador y de acuerdo con ella puede establecer una escala de valores —¿qué nos preocupa más "hoy"?— que a su vez exige una reelaboración de la historia a través de cada presente distinto".

Si hoy nos preocupan —o debieran preocuparnos— temas como el del respeto de los derechos humanos, la igualdad de la mujer, la promoción de las minorías marginadas, dicha problemática no puede menos de influir en el estudio de las instituciones civiles del pasado patrio. Si el Derecho es un precipitado cultural de la vida de un pueblo, no podemos estudiar asépticamente las instituciones jurídicas a través de la Historia, sin comprender el pasado todo de España. El historiador del Derecho no puede menos de tener muy en cuenta meditaciones tan clásicas como son las de Unamuno (43), Ortega y Gasset (44), Américo Castro (45), Laín Entralgo (46), Claudio Sánchez Albornoz (47) y Julio Caro Baroja (48) acerca del origen, ser y existir de los españoles, y acerca de las peculiaridades del modo de ser hispánico.

El propósito es ambicioso y no creemos que hasta la fecha haya sido debidamente tenido en cuenta por nuestros historiadores del Derecho, esta fecunda relación interdisciplinaria de la historia jurídica con la historia de las ideas o la antropología cultural.

Es preciso continuar en nuestra patria los "combates por la Historia" que inició Lucien Febvre y que Pierre Vilar define así: "combate contra las barreras entre disciplinas y en favor de una relación orgánica entre Historia, economía, geografía, etnología y sociología, esto es, en pro de la unidad de la materia y de la reflexión histórica; combate contra las barreras entre los especialistas y en favor de una Historia comparada de los espacios y de los tiempos, sin exceptuar el presente; combate contra el aislamiento de los investigadores y el trabajo en equipo; combate contra la investigación ciega en el caos de los hechos —como había preconizado el positivismo— que había de

---

(43) *En torno al casticismo.*

(44) *La España invertebrada.*

(45) *La realidad histórica de España, Cervantes y los casticismos, De la Edad conflictiva, Los españoles: cómo empezaron a serlo, español: Palabra extranjera.*

(46) *Una y diversa España, España como problema, A qué llamamos España.*

(47) *España: un enigma histórico.*

(48) *El mito del carácter nacional: Meditaciones a contrapelo.*

sustituirse por una investigación guiada por hipótesis de trabajo y por "problemas" (49).

Provisionalmente, mientras esta nueva concepción de la Historia no dé sus frutos, aduciremos la autorizada opinión de Federico de Castro (50), que respecto de la capacidad de la mujer casada en el Derecho español histórico afirma "...En el antiguo Derecho español no se ve una línea clara ni una dirección dominante; junto a disposiciones que presuponen la plena capacidad jurídica de la mujer casada hay otras que se lo niegan, en especial para librarse al marido de la responsabilidad por los actos de la mujer". En general, la situación personal de la mujer es regulada por el uso, mientras que su capacidad patrimonial mayor o menor resulta del régimen de los bienes conyugales en los diversos territorios. "Por tanto, en Aragón, Cataluña y Navarra, la capacidad de las mujeres es bastante amplia, y en el primero de los reinos citados el marido queda limitado asimismo en sus facultades en relación con el consorcio conyugal".

Creemos que podría establecerse una hipótesis de trabajo respecto de las futuras investigaciones acerca de la condición jurídica de la mujer casada en nuestro Derecho histórico, en el sentido de mejorar ésta necesariamente cuando la repoblación del territorio peninsular reconquistado exigió el traslado masivo de pobladores en sentido norte-sur de la península. La imperiosa necesidad de llenar los huecos que la expulsión en masa de los habitantes musulmanes dejó en el Valle del Guadalquivir, la de establecer colonias de súbditos fieles en medio de un universo mudéjar desafecto (caso de la repoblación de Valencia, que ha sido equiparada a la de los franceses en Argelia), debió originar la necesidad de privilegiar y dotar de amplia libertad civil a los repobladores todos, mujeres incluidas.

En el peor de los casos para nuestra hipótesis, habrá que afirmar con Lacruz Berdejo (51) que "la idea de la incapacidad de la mujer casada —contrastando con la plena capacidad de la soltera o de la viuda— se recogió en las legislaciones medievales, con la particularidad de que en muchas de ellas —también en algunos fueros municipales españoles— el principio de unidad de acción en el matrimonio determina que se limite la capacidad de los cónyuges recíprocamente, y así pues, tanto la de la mujer como la del marido...".

El fin de las necesidades de la repoblación y, sobre todo, creemos, la afirmación del estilo tradicional de vida en Castilla, la consolidación de la "morada vital" castellana (52) debieron dar lugar a la

(49) Reglá, *ob. cit.*, pág. 21.

(50) *Derecho civil de España*, Tomo II, *Derecho de la Persona*, Parte primera, pág. 255, Madrid, 1952.

(51) José Luis LACRUZ y Manuel ALBALADEJO, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, pág. 176, Bosch 1963.

(52) La noción de "morada vital" es un concepto capital en la visión histórica de Américo Castro, probablemente el mayor historiador español de todos los tiempos. Va siendo adaptada por los historiadores y un pensadores ajenos al cultivo de la historiografía más reciente (LAÍN ENTRALGO, Joan REGLÁ). Un

definitiva consagración de la potestad marital en la Leyes de Toro. Con arreglo a ellas, la mujer no podía, durante el matrimonio, sin licencia del marido, repudiar ninguna herencia ni aceptarla como no fuese a beneficio de inventario (Ley 54); hacer contrato alguno ni

ejemplo del impacto que en el mundo cultural español y, sobre todo, entre los hispanistas de todo el Occidente han tenido las teorías de Castro, lo tenemos en el libro *Estudios sobre la obra de Américo Castro*, ARANGUREN, BATAILLÓN, GILMAN, LAÍN, LAPESA y otros, Taurus, Madrid, 1971.

“La vida historiable consiste en un curso o proceso interior, dentro del cual las motivaciones exteriores adquieren forma y realidad; es decir, se convierten en hechos y acontecimientos dotados de sentido. Estos últimos dibujan la peculiar fisonomía de un pueblo y hacen patente el “dentro” de su vida, nunca igual al de otras comunidades humanas. Mas ese “dentro” no es una realidad estática y acabada..., es una realidad dinámica, análoga a una función o como indicaré luego, a una invariante...” (*La realidad histórica de España*, página 166, Editorial Porrúa, Méjico, 1966).

“Tres rasgos principales pueden señalarse, según Américo Castro, en su génesis y en su estructura: una lucha que con distintas vicisitudes va a durar más de siete siglos, y como consecuencia de ello, la instalación histórica de las almas en permanente y energética tensión de espera y esperanza hacia un futuro siempre remoto, en el que firmemente se cree y con el que ilusionadamente se sueña; la creación de instituciones y mitos, en el sentido soreliano de este último término, antisimétrico respecto de las instituciones y mitos que operaban entre sus adversarios y rivales (tal sería el sentido histórico, valga este único y supremo ejemplo, de la oposición entre Santiago y Mahoma); la no menos habitual convivencia, en medio de estas vicisitudes bélicas, con los árabes y judíos, y por lo tanto, la más o menos intensa incorporación del vivir de estos dos últimos grupos étnico-religiosos (piénsese tan sólo en el importantísimo fenómeno artístico y vital del mudejarismo y en la diversa y calificada función social de los hebreos en la España Medieval) a la vida consuetudinaria de los españoles cristianos” (LAÍN ENTRALGO, *A qué llamamos España*, pág. 68, Colección Austral, 1971).

Pues bien, la incorporación a la morada vital castellana de rasgos del vivir árabe-judíacos, explicaría, mucho más que la ideología de San Pablo—que, no olvidemos, también era judío—la descalificación jurídica de la mujer, consecuencia del carácter sacral del Derecho Familiar del Talmud y la Sunna, y de la concepción eminentemente patriarcal de la familia en una y otra civilización.

El carácter autoritario del tono de vida político de la España de los Reyes Católicos y de los siglos de Oro, la expulsión de los judíos, la conversión forzada de los mudéjares, la instauración del Tribunal de la Santa Inquisición, con rasgos muy diversos de la misma institución en los restantes países europeos, la “impermeabilización ideológica” de la España de Felipe II, la hidalgización de la vida en España, en dicha época, España, evangelizadora de la mitad del mundo, España, martillo de los herejes, luz de Trento, espada de Roma”, son rasgos que nos describen a nuestra patria como una sociedad anclada en una religiosidad de corte semítico, muy diversa de la religiosidad católica en los restantes países europeos, rígidamente jerarquizada, donde los derechos humanos son reconocidos, tras la célebre polémica acerca de las Indias, a los indios, pero no a los moriscos, gitanos, conversos de origen judíaco, protestantes, “vaqueiros de alzada”, “agotes” y demás grupos sociales minoritario. En una tal sociedad, la mujer ocupa un puesto totalmente subordinado a la primacía del varón, pese a las heroínas de nuestro teatro clásico. Su liberación—para integrarse de nuevo en la sociedad que primero las oprimió—o es ficticia, o es la excepción que confirma la regla.

¿Debe mantenerse empecinadamente la potestad marital que creemos es una consecuencia de tal morada vital? El tema es apasionante y no puede ser rehuído por ningún español consciente.

separarse de él, ni presentarse en juicio (Ley 55); el marido podía darle licencia general (Ley 56); y en su defecto dársela el juez con causa legítima o necesaria o provechosa para la mujer (Ley 59); por último, no le estaba permitido a la mujer obligarse como fiadora del marido, ni solidariamente con él, salvo ciertos casos (Ley 61) (53).

Plantea Federico de Castro la duda de si la Ley 55, que no cambiaba el Derecho existente, y se limitaba a reforzar lo previsto en el Fuero Real, era compatible con los parafernales de administración retenida por la mujer, que regulaban las Partidas. Pese al romanismo de la doctrina, que era lógicamente favorable a los parafernales del Derecho romano tardío, prevaleció la idea de la fragilidad del sexo que sometía a la mujer casada a la curatela del varón, la de que los frutos de los parafernales son gananciales y deben ser atribuidos al marido como administrador de la sociedad conyugal, y que el marido no debe ser perjudicado por la mala administración de la mujer.

Sin embargo, sostiene el propio autor, que la práctica y la jurisprudencia, hasta entrado el siglo XIX, entendieron que se mantenía la vigencia del Derecho de las Partidas, y por tanto, la capacidad de la mujer casada de administrar sus bienes (54).

Las tendencias antifeministas del Code civil no dejaron de influir en nuestra legislación de dicho siglo. Para los autores del Proyecto de Código Civil de 1851 y para la doctrina de la época, la mujer se equipara naturalmente al menor. Desaparece hasta la regulación de los bienes parafernales, entendiendo dicho Proyecto que todos los bienes de la mujer forzosamente entraban en la administración del marido.

La Ley del Matrimonio Civil, de 24 de junio de 1870, mantuvo la posibilidad de que la mujer administrara sus bienes (“cuya administración corresponde a la misma por ley”, art. 44), pero establece en sus artículos 49 y 52 gravísimas y nuevas restricciones a la capacidad de la mujer.

El Proyecto de Código Civil de 1882, tampoco reconoce la existencia de los parafernales, que atropelladamente son introducidos en el Código en el último momento, el 10 de noviembre de 1888.

La Ley de Bases del Código Civil estableció en la número 15 que “el contrato sobre los bienes con ocasión del matrimonio tendrá por base la libertad de estipulación entre los futuros cónyuges”, y en la 25 que “quedaban a salvo los derechos de la mujer durante el matrimonio... los que puedan establecerse respecto al uso, disfrute y administración de ciertas clases de bienes por la mujer durante el matrimonio”. Ello, unido a la redacción del artículo 59 en el Código vigente —“el marido es el administrador de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario y lo dispuesto en el artículo 1.384”— permiten afirmar a De Castro que “el Código civil, al dar cumplimiento

(53) José Luis LACRUZ y Manuel ALBALADEJO, ob. cit., pág. 177.

(54) Ob. cit., págs. 255 y 256.

al encargo de la Ley de Bases, se ha separado completamente del ejemplo francés y de la dirección restrictiva de la capacidad de la mujer casada, estableciendo un nuevo y distinto sistema (55).

Para Castán Tobeñas (56) resulta "difícil señalar la evolución que haya seguido la condición de la mujer en general, y especialmente la de la mujer casada en nuestro Derecho... la situación personal de la mujer quedaba regulada por costumbres, mientras que su capacidad personal mayor o menor, estaba determinada por el régimen de bienes conyugales en los distintos territorios".

La historia de nuestro Derecho no nos transmite un mensaje único e inequívoco para el presente. Para nuestras preocupaciones del presente, ¿qué sentido, fuera del arqueológico, tienen las discusiones de los juristas clásicos a las limitaciones impuestas a la mujer casada por la Ley 55 de Toro? La historia es revisable. Pero es que nuestra historia jurídica no deja de presentar rasgos en pro de una mayor libertad de la mujer casada: de sobra es conocida la tradición foral que en Ca'aluña y Baleares confería la libre administración y disposición de los bienes parafernales a la mujer casada, cuando la misma no los hubiera entregado al marido.

España, que en los siglos de oro batalló por los derechos de los indios en una famosa polémica que creó el Derecho Internacional, ¿será incapaz de abogar por la igualdad de los sexos, por la equiparación de la mujer al varón? No lo creemos así, ni nuestra tradición jurídica nos enseña el silencio en estas ocasiones.

## VII. LA POTESTAD MARITAL ¿CONSTITUYE UN PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO EN NUESTRO ORDENAMIENTO POSITIVO? SU ENTRONQUE CON LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

El Preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958, parece afirmar que la potestad marital constituye un principio general del Derecho, al disponer que... "ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como *principio fundamental*, que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas derivadas de los cometidos que en ella incumben a sus componentes ...para el mejor logro de los fines morales y sociales que, conforme al Derecho natural, esté llamada a cumplir". El corolario de este principio superior, que claramente consagraría en nuestro Derecho la concepción transindividualista de la familia, sería el principio general de la potestad marital.

De todos modos, no resulta clara la dicción del legislador a afirmar que no existen desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas.

(55) Ob. cit., pág. 257.

(56) *La condición social...*, págs. 167 y 168.

cas entre los miembros de las familias. Tal vez haya querido con esta afirmación eliminar cualquier duda de que volvía a consagrar con este principio transindividualista, las potestades familiares romanas: "la manus maritalis" y la "patria potestas". Pero creemos que tales concepciones familiares paganas estaban ya tan superadas en la civilización cristiana, que holgaba una tal aclaración.

Más bien parece que haya pretendido decir que en la familia no hay una pirámide jerárquica de derechos y superioridades, sino una coordinación de funciones, atribuidas a sus titulares al servicio de los fines transindividuales de la misma.

Pero siempre subsiste el agudo conflicto entre la pretendida igualdad entre los diversos miembros de la familia, y las diferencias orgánicas derivadas de los cometidos que en ella incumben a los mismos. En el caso que nos ocupa, las diferencias orgánicas consagran las conocidas limitaciones de los artículos 57 y siguientes del Código civil a la actuación libre de la mujer casada. Parodiando la humorística afirmación de George Orwell (57), habría que decir que aunque todos los miembros de la familia son iguales, según nuestro legislador el marido es más igual que la mujer.

Creemos que el legislador, pese a partir de la noción transindividualista de la familia, no ha pretendido considerar como un principio general del Derecho la potestad marital. Tuvo ocasión de hacerlo en la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, donde, si bien consagró al matrimonio con los caracteres de uno e indisoluble, no habló de las potestades familiares, quizás por entender que no eran indispensables para el buen funcionamiento de las instituciones políticas.

La prueba de fuego de la potestad marital como pretendido principio general de Derecho sería su aplicación en los casos en que no hay regla exactamente aplicable al punto controvertido, en los términos del artículo 6.º, párrafo 2.º del Código civil. Si el marido traslada arbitraria y caprichosamente su domicilio conyugal dentro del territorio nacional, si establece un "standard" de vida inadecuado a las circunstancias de la familia, sea por lo elevado o por lo humilde, o simplemente inapropiado "—vida hippie"—, si observa una conducta extravagante o impropia, aun no necesariamente inmoral, si obstaculiza la vida de relación de la esposa ¿qué remedio jurídico tiene ésta frente a tales acciones? Si entendemos que la potestad marital es un principio general del Derecho, el marido hace uso de sus facultades, y el juzgador, aplicando el párrafo 2.º del Código civil, tiene que fallar a su favor.

La lógica jurídica obliga a interpretar la regla de la potestad marital dentro del contexto de los principios generales del Derecho. El

(57) *Rebelión en la granja*, Editorial Planeta, S. A., Barcelona, 1969, página 149: "Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros".

primero que nos viene a la memoria es el abuso del derecho: el marido que tal conducta observa abusa de su potestad marital y la mujer puede obtener una sentencia judicial que reprima tal abuso.

Pero tal principio general es de difícil aplicación y sujeto a rigurosos requisitos por su interpretación jurisprudencial. Uno de los que creemos obstaculizan la aplicación del mismo para encausar las conductas que hemos descrito estriba en su carácter subsidiario: debe ser dañado un interés no protegido por una especial prerrogativa jurídica (STS. 14-11-1944). Cuando otra regla legal o principio general de derecho permitan proteger el interés de la mujer lesionado con el abuso "lato sensu" del marido, es superflua la aplicación del principio que veda el ejercicio abusivo de los derechos.

En los casos que hemos contemplado, la finalidad de la potestad marital justifica sobradamente que las limitaciones que la propia ley establece a la libre iniciativa de la mujer decaigan. Las conductas descritas deben ser descalificadas, reprobadas por el ordenamiento jurídico puesto que o son ajenas a los fines que la postestad marital debe servir, o incluso contrarias a los mismos.

Por supuesto que el principio general del Derecho que veda el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos —siquiera la potestad marital no sea un derecho del varón, sino una función en interés de la familia— puede aplicarse a aquellos casos en que la ley establece la potestad marital como aplicable al punto controvertido, y el marido la ejercita abusivamente (58). Una consideración de lógica jurídica obliga a ello: si un derecho subjetivo típico, reconocido por el ordenamiento jurídico en interés del marido, no puede ser ejercido abusivamente, mucho menos lo podrá ser una potestad familiar otorgada en interés de la familia toda.

Tal principio ha sido reconocido en el artículo 5.º de la Ley de 22 de junio de 1961 sobre derechos políticos, profesionales y laborales de la mujer y por el 2.º, apartado 3.º del Decreto 2.310/1970, de 20 de agosto, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadora, en aplicación de la ley antes citada.

Por tanto, la negativa injustificada, abusiva del marido a conceder la licencia o la revocación injustificada de la ya concedida, o cualesquiera otros actos abusivos de la potestad marital, deberán ser corregidos por el juez aplicando dicho principio.

Otro principio que reconocen como limitador de la negativa injustificada del marido a conceder la licencia marital la ley y el decreto citados, es el de la buena fe. El juez declarará que la mujer puede ejercer sus derechos laborales o profesionales, pese a la negativa maliciosa del marido a conceder la licencia.

La mala fe en este supuesto, creemos es una conducta desleal del marido que hace fundadamente creer a su mujer que obtendrá la li-

(58) Sobre la aplicación de la regla que veda el ejercicio abusivo de la potestad marital, y sus características especiales, véase CASTÁN TOBEÑAS, *La condición social...*, págs. 155 y 156.

cencia para el acto de que se trata. Se descalifica jurídicamente el ejercicio desleal, intempestivo, contrario a la confianza que la mujer puede tener en su marido. "El ejercicio de un derecho subjetivo—dice Díez Picazo— (59), es contrario a la buena fe... cuando se ejerce de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico. El derecho subjetivo debe ejercitarse según la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta puede pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas".

Cuando la mujer presta sus servicios al público, como una profesional libre, v. g. arquitecto, y cree fundadamente, por la habitualidad de su ejercicio, que el marido le permitirá participar en un importante concurso de proyectos, si habiendo iniciado la mujer los trabajos del mismo, el marido, sin realizar un acto abusivo, le prohíbe continuarlos, comete un acto de mala fe, que debe ser corregido por el juez, al amparo no sólo de lo previsto en la Ley de 22 de junio de 1961, sino de los artículos 1.705 y 1.706 del Código civil que regulan una situación muy similar. El juez concederá un plazo a la mujer para que termine el trabajo iniciado y ello aun cuando el marido alegue una justa causa. El ejercicio intempestivo de la potestad marital es contrario a la buena fe.

Por supuesto que cuando la mala fe perjudique a terceros, cuando el marido, a ciencia y paciencia que su mujer contrata diariamente con los terceros la prestación de sus servicios profesionales en la confianza de no sufrir un veto de su marido, aun alegando una justa causa, impide continúe el ejercicio profesional, con mayor razón deberá ser descalificada su conducta.

Concluimos que la regla que consagra la potestad marital no es un principio general del derecho, y debe ser interpretada de acuerdo con la propia finalidad y función familiar a la que sirve, estando prohibidos al marido la mala fe y el abuso del derecho en su ejercicio.

Por ello, nuestra doctrina, como un lugar común, afirma que "la mujer casada puede actuar jurídicamente sin licencia, siempre que la ley no exija expresamente tal requisito, interpretación de acuerdo, por lo demás, con la conciencia jurídica actual y las nuevas tendencias legislativas" (60).

En esta línea de adecuación de la potestad marital a las nuevas necesidades de la promoción femenina, aun respetando el texto del Código civil, se mueve la sugestiva teoría de Federico de Castro acerca de las limitaciones a la capacidad patrimonial de la mujer casada. "La especial condición jurídica de la mujer casada deriva de dos causas: una común a la mujer y al marido, el estado matrimonial; otra, peculiar a la mujer casada, la de que al marido corresponden normal-

(59) *Lecciones de Derecho civil*, I, Parte general, pág. 271. Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1967.

(60) DE COSSIO Y CORRAL, ob. cit., pág. 33.

mente la autoridad familiar y la dirección económica de la familia, que la mujer y los terceros han de respetar. En este respecto, el alcance de la capacidad patrimonial de la mujer depende: a) Del régimen de bienes de la sociedad conyugal; b) De que el marido, en su caso, pueda ejercer y ejerza la autoridad que le corresponde (haya o no pasado a la mujer). La capacidad patrimonial de la mujer es, pues, normalmente limitada (según el régimen común y situación más general), pero variable, pues será más o menos amplia según el régimen patrimonial de la sociedad conyugal y la situación jurídica del marido (capaz, incapacitado, ausente) (61).

La libertad de pacto en las capitulaciones matrimoniales (artículos 1.315, 1.316) permite que la mujer pueda ser administradora de la sociedad conyugal, con exclusión del marido (arts. 59, 1.412) que se imponga su cooperación, que se le reserve el poder disponer y administrar sus propios bienes (art. 1.432) y que se estipule la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para administrar y disponer de la sociedad conyugal. En todos estos casos, las limitaciones previstas en los artículos 59, 61 y 62 serán inaplicables" (62).

Vallet de Goytisolo (63) sostiene que "se ha discutido la posibilidad de que se elimine en capítulos matrimoniales la necesidad de la licencia marital. De Buen, Puig Peña y Castán, éste en ediciones anteriores de su Derecho Civil, colocaron tal exclusión entre los pactos depresivos para la autoridad que al marido corresponde en la familia, y por ende, prohibido por el artículo 1.316 del Código civil, por lo cual, la licencia marital dada en capítulos matrimoniales debería entenderse revocable. Castán, en la última edición de su obra, cree que el carácter depresivo del pacto sólo podrá determinarse en vista de las circunstancias del caso concreto. Para mí no ofrece duda que, en caso de pactarse la separación de bienes, la licencia marital es eliminable en capitulaciones matrimoniales. Más dudoso me parece —dado el destino de los frutos de cualquier procedencia— en caso de haberse pactado el régimen de gananciales, aunque también me inclino por la validez del pacto".

Finalmente, De la Cámara Alvarez (64), siguiendo la orientación marcada por De Castro, piensa que la capacidad patrimonial de la mujer casada en el Código civil depende en gran medida del régimen de bienes vigente en el matrimonio. Los artículos 60 y 61 del Código civil son el trasunto de la Ley 54 de Toro, que tenía como obligado telón de fondo la sociedad de gananciales. Sistemáticamente dichos preceptos parecen el corolario o el complemento de la regla general sentada por el artículo 59, según el cual el marido "es el administrá-

(61) Ob. cit., pág. 259.

(62) Id. id., págs. 262 y 263.

(63) Ob. cit., pág. 252.

(64) *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Tomo XXII, Fascículo I (enero-marzo MCMLXIX, págs. 82 y siguientes.

dor de los bienes de la sociedad conyugal", disposición sólo aplicable al régimen dotal, al de gananciales y si es caso, a cualquier otro de comunidad en el que no se haya convenido una forma diferente de administración. Es lícito preguntarnos hasta qué punto las graves y amplísimas restricciones que imponen los artículos 60 y 61 del Código civil a la capacidad de obrar de la mujer casada deben ser aplicadas cuando los cónyuges, en uso de la libertad que les concede el artículo 1.315, no sólo han excluido el presupuesto normal de actuación de las mismas (es decir, la sociedad de gananciales), sino que además han establecido otro sistema económico con el que aquellas son incongruentes o difícilmente compatibles (separación de bienes). Igualmente, como corolario de dicho carácter de los preceptos citados, hay que convenir en la posibilidad de eliminar las restricciones que imponen a la capacidad de la mujer, siempre que se haya pactado que la administración de los bienes del matrimonio no corresponda al marido.

Cuando el matrimonio se rige por la sociedad legal de gananciales, entran en juego los artículos 60 y 61 del Código civil y la incapacidad que afecta a la mujer casada es casi general (con la importantísima excepción del artículo 1.384, que permite a la mujer casada administrar los parafernales no entregados al marido, excepción que De la Cámara hace jugar con gran generosidad).

Ahora bien, si se admite —sigue diciendo el autor— que los preceptos atinentes a la administración de los gananciales pueden ser modificados por pacto (arts. 59 y 1.412), que la licencia marital es una institución estrechamente relacionada con el régimen de bienes, y que los artículos 60 y 61 no son imperativos en este sentido, tendremos que aceptar la validez de un pacto capitular por el cual se conceda a la mujer plena libertad para regir su propio patrimonio, aunque la sociedad de gananciales no haya quedado excluida.

No compartimos la opinión adversa a la de Castro, expuesta por José Luis Lacruz en su obra citada.

El argumento de que las reglas que limitan la actuación patrimonial de la mujer casada se hallan incluidas en el título IV del libro I, por lo que son de Derecho necesario, al establecer una limitación a su capacidad, se desvirtúa fácilmente, al decir de De la Cámara, por el hecho de que la mujer casada no es una incapaz.

Tampoco los argumentos históricos que aduce el autor citado son de consideración ante el hecho de que el Código, siguiendo fielmente la Ley de Bases, quiso establecer un nuevo sistema de régimen patrimonial conyugal, fundamentado esencialmente sobre el pacto capitular, y no sobre la ley imperativa, que sólo actúa con carácter supletorio, en defecto de previsión capitular.

Las teorías aducidas, progresivas, intentan realizar lo que podríamos llamar un "reformismo jurisprudencial" de la potestad marital. Son dignas de examen apasionado, de aplicación práctica y de aplauso, pues, sobre desempolvar numerosos artículos olvidados del Código ci-

vil, crean una conciencia entre los profesionales del Derecho más abierta hacia la promoción femenina. Pero son insuficientes: chocan con el hecho estadísticamente aplastante de que la inmensa mayoría de los contrayentes de las regiones de Derecho común no pactan capitulaciones matrimoniales al contraer matrimonio, único momento en que las mismas son válidas.

Aún más, como los esposos que pactan separación de bienes son aquellos que por razones derivadas de sus peculiares intereses van debidamente asesorados al matrimonio, la teoría aducida podría crear una discriminación clasista, fundada esencialmente en el nivel económico, entre los contrayentes de clase media, que son en todo caso los únicos que soliciten tal asesoría y los de clases más modestas, que en ningún caso tienen en cuenta tales consideraciones. La supresión de la licencia marital por pacto sería un lujo de la élite acomodada, que pactaría capitulaciones con esa específica finalidad, lujo inasequible a la mujer obrera, quien se encontraría, caso de separación de hecho, sujeta al rigor de la licencia marital, que le impediría invertir o reinvertir incluso el fruto de su trabajo personal. Y ello, pese a los generosos y admirables esfuerzos de De la Cámara para habilitar un cauce jurídico a tales supuestos.

Tal "revolución palaciega" de la mujer de clase alta, contra la licencia marital, es inadmisible: o se admite que todas las mujeres que lo necesiten puedan prescindir de la licencia marital, o que ninguna de ellas lo haga.

### VIII. ¿EXISTE UN ESTADO DE MUJER CASADA? DISTINCIÓN ENTRE INCAPACIDAD, PROHIBICIÓN Y FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA MUJER PARA REALIZAR CIERTOS ACTOS PATRIMONIALES

Creemos no puede hablarse de un estado de mujer casada (65). Sí de persona casada, varón o mujer, como afirma De Castro. La especialidad de la regla de la potestad marital, que atribuye ciertas funciones en pro de la familia al varón, y establece cierta subordinación razonable en la mujer, no permite hablar de estado específico de mujer casada. Si la mujer no es una incapaz (*a sensu contrario* del artículo 32, párrafo 2.º del Código civil), si las limitaciones que se establecen a su capacidad patrimonial deben ser interpretadas restrictivamente, o incluso —si admitimos, como doctrinalmente admitimos— la tesis de De Castro, eliminadas, si los actos realizados por la mujer sin licencia del marido sólo pueden ser impugnados por éste o sus herederos (art. 65 del Código civil), creemos que la condición de mujer casada no puede calificarse de estado civil en sentido técnico. Tampoco el artículo 65 consagra una acción de estado.

Para Puig Brutau (66) ni siquiera cabe hablar de incapacidad li-

(65) En contra, *VALLET DE GOYTISOLO*, ob. cit., pág. 248.

(66) *Fundamentos de Derecho civil*, citados, págs. 302 y 303.

mitada o relativa de la mujer, como consecuencia de la potestad marital. "El matrimonio no puede convertir en incapaz a la persona capaz. No hace falta insistir sobre cosa tan obvia. Pero lo que sí pueden derivar del matrimonio, por vía de disposición legal, es alguna prohibición y algún cambio en la legitimación para administrar y disponer de ciertos bienes.

En ningún caso debiera haberse hablado de incapacidad de la mujer casada. Aunque sólo se trate de una manera de expresar el efecto de alguna prohibición o de falta de legitimación, la expresión ha de estimarse incorrecta. La diferencia entre incapacidad y prohibición es indudable. Las prohibiciones que impone la ley responden a un criterio de oportunidad legislativa y generalmente tratan de evitar un conflicto de intereses. En este sentido veremos que el Código civil excluye en bastantes casos (y a nuestro juicio sin fundamento) la normal actuación de la mujer casada respecto de sus propios bienes, exigiendo que obre con licencia marital (veánsese arts. 61 y 1.387).

También está clara e indudable la diferencia entre capacidad y legitimación. Esta es la aptitud para actuar con plenos efectos como parte en un negocio jurídico respecto de ciertos bienes. Por ejemplo, la mujer casada es capaz y está legitimada para administrar y disponer de sus bienes parafernales (art. 1.382 y 1.384), pero como el Código le impone la prohibición de realizar sobre ellos actos de disposición sin conocimiento y consentimiento de su esposo, necesita la licencia marital para que se produzcan los efectos normales de su capacidad y legitimación (art. 1.387). Pero en cambio, respecto de los bienes gananciales, a pesar de los derechos que sobre ellos corresponden indudablemente a la mujer, como veremos en su lugar, no es ella parte legitimada normalmente para los actos de administración y disposición, en vista de lo que resulta de los artículos 1.412 y 1.413 del Código civil".

Que el matrimonio no comporta una restricción de la capacidad para la mujer lo demuestra el hecho de que la mujer casada menor de edad resulta emancipada por ministerio de la ley (art. 315 Código civil), quedando habilitada para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 317), si bien sujeta a la potestad marital, y por tanto a las limitaciones que antes hemos examinado. Sería contradictorio suponer que la mujer menor de edad amplía su capacidad y la mayor de edad la restringe por un mismo hecho como es el matrimonio.

## IX. LA POSICION JURIDICA DE LA MUJER CASADA Y EL TEMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La problemática de los derechos humanos es de candente actualidad y creemos que en función de la misma debe ser planteada la necesaria revisión de la condición jurídica de la mujer en nuestra patria.

Sin embargo, por las implicaciones que dicha problemática ostenta, con todo punto, debemos estudiar, siquiera sucintamente, el renacimiento del Derecho natural.

*A) El renacimiento del Derecho natural: sus rasgos característicos*

Como señala Hernández Gil (67), "en el período de reacción contra el formalismo jurídico a que asistimos, la teoría del Derecho natural ocupa un puesto destacado y desempeña un función. Si se afirma que Derecho no es equivalente a ley, y que no es tampoco puro concepto ni mera forma, sino que encierra un contenido; si se piensa que el derecho tiene un fundamento y que no puede desconocer las normas morales, se está ya —aunque sólo sea por vía indirecta— muy cerca de la ideología iusnaturalista que, siglo tras siglo, se viene esforzando en proclamar cuál es ese contenido y cuál ese fundamento... pensando en las dos escuelas históricamente definidas que han sido exponentes del Derecho natural, la escolástica o tradicional, y la racionalista del siglo XVIII, lo que aparece en el presente muy claro es que, frente a la casi total extinción de la última, bien puede hablarse no sólo del mantenimiento, sino del resurgimiento de la primera, hasta el punto de que no pocos autores, aun despreocupados de todo confesionalismo, es a ella a la que se aproximan".

Son rasgos característicos, del moderno iusnaturalismo, según dicho autor, el no estar convertido en un coto totalmente cerrado a los hechos. El iusnaturalismo de nuestra época es fruto, aparte del germen de certeza que lleva en sí, de la inquietud histórica, la trasmutación social y la tendencia hacia un orden más justo.

No sólo se reconoce la existencia del Derecho natural y no sólo se encarna en el positivo a través de la actividad legislativa, sino que otro tanto sucede también en la elaboración científica del derecho y en la interpretación. Dende este punto de vista, afirma Hernández Gil, se revisan instituciones, por ejemplo, del Derecho civil.

Otro rasgo del moderno Derecho natural es la reducción de su contenido al problema de los derechos y deberes fundamentales de la persona. Dice así Coing (68) que el núcleo del iusnaturalismo moderno son los derechos del hombre.

Recordemos las afirmaciones de Recaséns Siches acerca de la excesiva extensión del Derecho natural, fruto del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, y su distinción entre naturaleza primaria, inmutable y la segunda naturaleza que ha sido configurada a la medida de pautas vigentes en la cultura histórica, y que conforme cambien los hábitos y las costumbres, puede y debe cambiar. Pero es que, además, este autor afirma que "el hombre es esencialmente un ser

(67) Ob. cit., pág. 67.

(68) Citado en CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos del hombre*, pág. 50 (Reus, Sociedad Anónima, Madrid, 1968).

histórico. El hombre de hoy es forzosamente distinto del de ayer, y el de mañana será diferente del de hoy. Cuando el hombre de hoy empieza a vivir encuentra un acervo de convicciones, de modos de vida que no había cuando empezaron a vivir las gentes de la generación de sus padres. A su vez, el hombre de hoy modificará por su propia cuenta el legado recibido de su padre. Las nuevas aportaciones que una generación haga a la interpretación de las cosas, a las formas de vida recibidas al iniciar su existencia, determinarán que la nueva generación futura se encuentre con otro punto de partida diferente de la que tuvo la anterior" (69).

Cada ser humano —continúa diciendo el autor— tiene que ir haciendo su propio ser, tendrá que decidir respecto del contenido de su propia existencia, tendrá que dar un argumento a la propia vida.

Los progresos en los estudios antropológicos, psicológicos y sociológicos tienen que abrir nuevas perspectivas a las meditaciones prácticas de estimativa jurídica o de Derecho natural. Tales estudios habrán de suministrar luces para obtener nuevas perspectivas y directrices en las aplicaciones concretas de este Derecho.

Es importante la aportación original de Renard al nuevo Derecho natural. Para este autor, el Derecho natural no es sistema acabado, sino a la manera de un principio que se realiza diversamente en los diferentes sistemas de Derecho positivo (70). Es esfuerzo principal de Renard —afirma Hernández Gil— aparece centrado en explicar la relación de dependencia que existe entre el Derecho natural y el positivo, así como en hacer a aquél compatible con las circunstancias históricas, transformarle en instrumento de progreso, es decir, justamente lo opuesto que ha visto en él el positivismo.

Que el Derecho natural está íntimamente ligado a la noción de los derechos humanos, lo reconoce sin rodeos un detractor de dicho Derecho, como es Juan Ramón Capella, al afirmar (71) que "si algo sólido se opone a la percepción inmediata del carácter ideológico del llamado Derecho natural (72), es la exigencia histórica de crítica del Derecho positivo, o más sencillamente, de justicia, que se expresa en parte en los derechos humanos, a los que se llama a veces (por tradición de ideología de las revoluciones burguesas) derechos naturales: "...Ello aunque el autor afirme a continuación que los derechos humanos son la manifestación concreta de exigencias de toda la humanidad y su fundamentación no tiene nada que ver con el Derecho natural.

Rechazamos la concepción materialista histórica de Juan Ramón Capella y afirmamos que la noción de progreso de una legislación po-

(69) Ob. cit., págs. 294 y 295.

(70) Citado en HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 56.

(71) Ob. cit., pág. 20.

(72) "Ser ideológico es significativo de pertenecer a la sobreestructura de la sociedad, pero también de ser parcial, o de ser una falsa figuración de la realidad que cierra el paso a su conocimiento verdadero", Juan Ramón CAPELLA, ob. cit., pág. 11.

sitiva está íntimamente ligada a la del desarrollo y afirmación de los derechos humanos, a su reconocimiento legislativo, a su tutela por una jurisdicción imparcial asentada frente a la Administración y frente a la sociedad. Donde no se respeten los derechos humanos no existe progreso legislativo ni progreso o desarrollo social, aunque la legislación, formalmente, los reconozca. El Derecho natural de contenido progresivo debe sostener una auténtica "lucha por los derechos humanos" de mucha mayor trascendencia que la "lucha por el Derecho" que en el siglo XIX proclamó Ihering.

### B) *La noción de los derechos humanos*

Podemos definirlos con Castán Tobeñas (73) como "aquellos derechos fundamentales de la persona humana —considerada tanto en su aspecto individual como comunitario— que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo Poder o autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante exigencias del bien común".

### C) *Los Derechos Humanos en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y en la Declaración Universal de 1948. Especial referencia en dichos textos a la igualdad de sexos, al matrimonio y a la familia*

En la declaración del Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se lee: "...Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...". Responde dicha Carta a la convicción de que "la promoción de los derechos humanos era un asunto que competía a toda la comunidad internacional, contrariamente a la opinión que había prevalecido hasta el momento, en el sentido de que tales derechos incumbían exclusivamente a la esfera de las jurisdicciones internas de cada Estado. Se puede ciertamente afirmar que ésta ha sido una de las evoluciones del pensamiento más trascendentales que haya tenido lugar en la historia del Derecho y de las relaciones internacionales" (74).

Desenvolviendo tan generosos propósitos de la Carta, la Comisión de Derechos del Hombre formuló un proyecto de Declaración Universal de Derechos del Hombre que fue aprobado y solemnemente proclamado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

"Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los

(73) CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos...*, pág. 15.

(74) Cita del profesor canadiense John Humphrey, en CASTÁN TOBEÑAS, *íd.*, pág. 112.

derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho... La Asamblea General proclama: Artículo 1.<sup>o</sup> Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículos 2.<sup>o</sup>, 1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, *sin distinción alguna* de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política... Artículo 16.<sup>o</sup> *Los hombres y las mujeres*, a partir de la edad nubil tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y *disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*".

Como señala Casán Tobeñas (75), la Declaración se fundamenta en el principio filosófico jurídico de la dignidad de la persona humana, del que se derivan los postulados de libertad, igualdad y fraternidad.

Para Recasens Siches (76), el texto de la Declaración contiene notoriamente vigorosos asertos iusnaturalistas. El mero hecho de ponerse a elaborar una declaración de derechos del hombre implica que se cree que, por encima de las determinaciones del Derecho positivo, por encima de lo que los Estados decidan, hay normas superiores a las que los poderes legislativos deben obedecer.

El valor jurídico de la Declaración ha sido controvertido en nuestra patria, consecuencia de la controversia existente entre los filósofos del Derechos y los internacionalistas.

Para Lino Rodríguez Arias Bustamante, dicha Declaración no tiene más que una validez programática, no habiéndose logrado su ratificación por los países firmantes del documento. A su juicio, lo razonable hubiera sido crear un órgano permanente con autoridad y fuerza suficiente para obligar a las naciones a cumplir el Derecho, que permitiese sancionar al Estado infractor del Derecho de gentes con la pena de una intervención colectiva (77).

Para Recasens Siches (78), la Declaración, por el contrario, constituye un texto de Derecho internacional positivo vigente, que impone deberes a los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

Casán Tobeñas (79), afirma ser penoso para un español no poder adherirse a la propuesta de Rodríguez Arias Bustamante, inspiradas en las propias ideas de Francisco de Vitoria sobre la universalidad del Derecho de gentes. Nuestro gran teólogo se anticipó a la proclamación de los Derechos humanos que habían de hacer Virginia y París, y por

(75) Ob. cit., pág. 114.

(76) *Tratado General de Filosofía del Derecho*, pág. 456, Porrúa, S. A., Méjico, 1970.

(77) Cita en CASTÁN TOBEÑAS, íd., íd., pág. 116.

(78) *Tratado...*, pág. 555.

(79) Ob. cit., pág. 117.

fin, con mucho empaque, aunque con escasa eficacia, la orgullosa Organización de las Naciones Unidas. No obstante lo cual, su juicio es favorable a tal Declaración, y estima es muy certera su fundamentación filosófica.

Recientemente un Tribunal español declaró que España no había signado la Declaración, por lo que la misma no tiene fuerza de ley interna.

**D) La reciente doctrina social de la Iglesia en tema de los derechos humanos, con especial referencia a la mujer y a la familia**

Si traemos a colación la doctrina social de la Iglesia en este punto es, no sólo por la altísima autoridad moral que encierra, sino porque conforme al Punto II de los Principios del Movimiento Nacional, promulgados por Ley de 17 de mayo de 1958, "La Nación española considera como tiembre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera, y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación".

Tres son los textos fundamentales de la doctrina social de la Iglesia que interesa hacer resaltar: La Constitución Conciliar "Gaudium et Spes", sobre la Iglesia en el mundo actual; la encíclica "Mater et Magistra" y la "Pacem in Terris". Anteriormente hicimos constar la referencia que al tema de la mujer y el matrimonio se contiene en la reciente "Octogesima Adveniens", de Pablo VI.

En la Constitución Conciliar "Gaudium et Spes" se contiene una asistemática enumeración de los derechos humanos. La dignidad de la persona humana hecha a imagen y semejanza de Dios, es la clave de los derechos del hombre, fundamentalmente, de su libertad. "La dignidad humana requiere que el hombre actúe según su conciencia y libre elección, es decir, movido e inducido por su convicción interna personal, y no bajo la presión de un ciego impulso exterior o de la mera coacción externa".

"Toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de *sexo*, raza, color, condición social, lengua o religión, debe ser vencida y eliminada, por contraria al plan divino. En verdad, es lamentable que los derechos fundamentales de la persona no estén todavía protegidos en la forma debida por todas partes. Es lo que sucede cuando se niega a la mujer el derecho de escoger libremente esposo y de abrazar el estado de vida que se prefiera, o se le impide tener acceso a una educación y a una cultura iguales a las que se conceden al hombre" (80).

El fundamento psicológico y ético del derecho al matrimonio, según la "Gaudium et Spes" es el amor, un amor eminentemente humano. "Abarca el bien de toda la persona y por tanto es capaz de

(80) *Constituciones...*, citadas, págs. 229, 230 y 247.

enriquecer con una dignidad especial las expresiones del cuerpo y del espíritu y de ennoblecerlas como elementos y señales específicos de la amistad conyugal".

Este derecho implica el don libre y mutuo de ambos esposos con las características de unidad y de indisolubilidad permanentes en la doctrina cristiana. Pero, además, en plano más terreno, entraña también el reconocimiento de la igual dignidad personal del hombre y de la mujer, en este mutuo y pleno amor (81).

La "Mater et Magistra" y la "Pacem in Terris" desenvuelven estos principios conciliares que, no olvidemos, no entrañan contradicción con la "Casti Connubii" que antes transcribimos. El reconocimiento de la dignidad de la mujer, equiparada plenamente al varón en el matrimonio, el fundamento de éste en el amor terreno, fundamento que pasa a ser fin primario del mismo, con la necesaria revisión del "Codex Iuris Canonici" al respecto, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y la legitimidad del quehacer del hombre sobre la tierra, reprimirán no pocos de los fundamentos de la noción transindividualista del matrimonio y la familia que antes apuntamos.

Enunciar a la luz de tales principios el de equiparación de los sexos en el matrimonio, y la necesaria revisión de la potestad marital, no parece demasiado difícil. Máxime cuando la doctrina social de la Iglesia no es fija, ni cerrada, ni dictada de una vez para siempre: como el Derecho natural de contenido progresivo, postula infinitos perfeccionamientos. El reconocimiento de la igual dignidad de ambos sexos en el matrimonio postula la necesaria promoción de la mujer en todos los órganos: necesariamente, en primer lugar, en el legal, y luego, en el socioeconómico y psicológico.

Una espectadora tan desinteresada y preparada como María Jiménez Bermejo (82) afirma que "los primeros años de la década de los setenta deberán quedar marcados como una etapa de especialización en torno a la problemática femenina, como un paso previo y necesario para el logro de su integración social absoluta. Etapa que implica una revisión profunda de la norma jurídica y una acción educativa mirando la situación de la mujer. Esta etapa será por ello más que de penetración de nuevas ideas, de revisionismo de los preceptos institucionalizados, al objeto de adecuarlos a la nueva realidad..."

...perdurarán en el ordenamiento jurídico positivo toda una gama de limitaciones sobre la capacidad de la mujer casada que difícilmente se pueden compaginar ni son aptas para favorecer la misión que hoy tiene que cumplir la mujer en la sociedad.

El cambio provocado por el Concilio Vaticano II en las actitudes del mundo cristiano exige enfrentarse con nueva mentalidad en el intento de resolver los problemas actuales. Y lo más urgente sobre la

(81) RUIZ GIMÉNEZ, *El Concilio y los derechos del hombre*, pág. 129, Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1968.

(82) Ob. cit., págs. 37 a 39.

cuestión de que se trata es aproximarse a la legislación civil sobre la familia tratando de ver si dichos preceptos se adecuan a la concepción cristiana de la familia y están de acuerdo con la realidad social de la misma en la sociedad contemporánea. Familia basada en los mutuos derecho y obligaciones entre los cónyuges, con el deber de vida en común, la obligación de guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Familia en donde los poderes familiares se han convertido en funciones y en su virtud, tratar de establecer si los preceptos vigentes reconocen, al menos, la participación real de la madre en la responsabilidad y obligaciones que la maternidad comporta frente a los hijos. En una etapa en la que se formulan los derechos del niño, y por tanto de la niña, ¿es lógico que se sigan manteniendo límites a la capacidad de obrar de sus madres? ¿Será esta legislación adecuada como medio eficaz de defensa de la familia que constituirá mañana esta juventud actual, que tiene un talante y modo de pensar entre chicos y chicas, cada día más similar, reflejo de una cultura equivalente?...

...un observador imparcial no dejará de encontrar curioso que la mujer sea llamada siempre que en vez de hablar de derechos se hable de deberes, y precisamente los de índole económica" (cita los artículos 1.340, 1.343 y 1.409 del Código civil, en cuanto impone la obligación a la madre de contribuir a la dote y educación de hijas e hijos). "Sinceramente no encuentro cómo dichos preceptos evidencian el mutuo y pleno amor conyugal y el apoyo mutuo que debe darse entre los esposos".

Es indudable que pese a la reforma parcial de 1958, la vieja concepción que, según frase de García Goyena, informó el Código civil: "La mujer casada, por común acuerdo de todos los legisladores, viene a ser un menor de edad", no ha desaparecido de su articulado.

Se impone una revisión serena, un estudio sosegado, de modo que la dignidad de la mujer alcance su reconocimiento positivo y sea reflejo de una visión más humana y actual de las relaciones entre los sexos". Entiende que la Compilación civil de Cataluña considera a la esposa más como colaboradora que como subordinada. "Ese puede ser el camino".

#### E) *La igualdad jurídica de los sexos como principio del Derecho natural*

Si postulamos un concepto de Derecho natural de contenido progresivo, es claro que la dialéctica del desarrollo social exige el reconocimiento de tal principio. Afirmamos, con Recaséns Siches (83) que "los hombres deben ser tratados igualmente por el Derecho respecto de todo aquello que es esencialmente igual en todos ellos, a saber: en la dignidad personal, en los corolarios de ésta, es decir, en los dere-

---

(83) *Tratado*, cit. pág. 590.

chos fundamentales y esenciales que todo ser humano debe tener. Y resulta, que, en cambio, deben ser tratados desigualmente en lo que atañe a las desigualdades que la justicia exige tomar en consideración”.

¿Cuáles son las “desigualdades que la justicia exige tomar en consideración”? ¿Es una de ellas la posición de la mujer casada en el matrimonio?

Hemos examinado cuáles son los diversos fundamentos que nuestro legislador reconoce a la potestad marital, y hemos demostrado la escasa consistencia de todos ellos.

La cohesión de la familia no se menoscabaría por la supresión de la potestad marital y sus consecuencias en la esfera personal y patrimonial de la mujer. La experiencia de los países que han abolido tal institución no demuestra en modo alguno que la familia que contemplan sus diversos sistemas sociales haya perdido su vigor y estabilidad. Por el contrario, para María Jiménez Bermejo (84) “una perspectiva más personalista de la función de la mujer en la familia abriría el camino para una responsabilidad familiar más auténtica, en cuanto fundada en la aportación complementaria de ambos cónyuges, y a su vez serviría de vía para la progresiva humanización de todas las relaciones sociales en la vida colectiva”.

Según Casán Tobías (85) “...hay que aspirar, dentro del Derecho de familia, a conseguir el mayor equilibrio posible entre los derechos propiamente individuales, basados en la idea de igualdad y en el principio fundamental del respeto debido a la dignidad humana, y los derechos de la familia como grupo social, célula básica de la sociedad y del Estado, que tiene a su cargo funciones tan importantes y necesarias para el desenvolvimiento de la propia personalidad individual de los seres que viven en ella y han de obtener dentro de la misma su pleno desarrollo”.

Resulta contradictorio que el legislador postule el principio de igualdad jurídica de los sexos y la desvirtúe con la consagración —más bien podría decirse ratificación— de la regla de la potestad marital. Un desenvolvimiento lógico del primero de los principios lleva al reconocimiento de la igualdad de la mujer en el matrimonio. Ningún malabarismo jurídico puede convencer a la opinión pública de que el marido y la mujer son iguales en el matrimonio, cuando su dotación de derechos es distinta, y muchas veces, como apunta María Jiménez Bermejo, se imponen a la mujer iguales deberes que al hombre.

El reconocimiento pleno del principio permitiría suprimir privilegios como el de la dote obligatoria de la mujer, o la excusa para la tutela que en razón de la mera condición femenina establece el artículo 244, apartado 7.º del Código civil.

(84) Ob. cit., pág. 39.

(85) *Los derechos...,* pág. 187.

Es inaceptable sostener seriamente que la mujer está contenta con su actual condición jurídica.

Practicar una encuesta entre las mujeres casadas, planteándolas la cuestión de si son o no partidarias de la potestad del marido, y deducir de su contestación que lo son, es hacerla mal. Creemos que, sobre ser preciso matizar muy cuidadosamente la pregunta, clasificar por grupos sociales, de edad, etc. a las mujeres interrogadas, la técnica no es adecuada al problema planteado. Si creemos que la mujer está en una situación de inferioridad social, sus contestaciones sobre temas que les afectan vivamente y que sólo una minoría ilustrada es capaz de plantearse, nunca pueden ser concluyentes. Ello, aun no admitiendo la opinión de Castilla del Pino, de que la mayor alienación de la mujer consiste en ignorar que está alienada.

#### *F) Derecho español: leyes fundamentales*

Nuestro ordenamiento constitucional permite afirmar el principio de igualdad de sexos y obliga a deducir los lógicos corolarios del mismo. El artículo 3.º del Fuero de los Españoles establece que "la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles, sin preferencia de clases ni acepción de personas". Aunque el precepto no alude al sexo, es evidente que la enumeración de las causas que no añen ni perjudican el derecho igual de todos los españoles es meramente enunciativa, y que el centro de gravedad del mismo se halla en la primera proposición.

El artículo 22 de dicho Fuero, al disponer que "El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y fundamento de la sociedad con derechos y deberes anteriores a toda ley humana positiva. El matrimonio será uno e indisoluble", tampoco menoscaba la posición igual de los sexos en orden a los derechos fundamentales de la persona humana.

Por supuesto que el ejercicio de los derechos iguales por parte de ambos sexos no atentará a la unidad espiritual, nacional y social de España. Ello máxime cuando la igualdad de los sexos requiere un complemento de leyes que desenvuelvan tal principio y que, a no dudar, tomarán rígidas precauciones para evitar cualquier sombra de atentado a la estabilidad de la institución familiar y a la esencia de la concepción tradicional de la misma.

Pero afirmamos que tal desenvolvimiento legislativo no es gracieble ni voluntario: el artículo 34 de dicho Fuero establece que "Las Cortes votarán las leyes necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en este Fuero".

Ello obliga al Gobierno de la nación a presentar, urgentemente —¡han pasado 29 años desde la promulgación del Fuero de los Españoles!— los convenientes proyectos de la ley a las Cortes, que remuevan los obstáculos a la par condición de los sexos ante la ley.

En la Ley Orgánica del Estado, su artículo 21 establece que son fines del Consejo Nacional, como representación colegiada del Movimiento, velar por el desarrollo y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por las leyes fundamentales.

Finalmente la Ley de 17 de mayo de 1958, promulgadora de los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, dispone en su apartado V que "La comunidad nacional se funda en el hombre como portador de valores eternos y en la familia como base de la vida social; pero los intereses individuales y colectivos han de estar subordinados siempre al bien común de la nación, constituida por las generaciones pasadas, presentes y *futuras* —el subrayado es nuestro—. *La ley ampara por igual el derecho de todos los españoles*".

El principio de igual amparo del derecho de todos los españoles es, por su propia naturaleza, permanente e inalterable (artículo 1.º de la Ley). Serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley Fundamental del Reino (art. 2.º).

No obstante el tiempo transcurrido desde su primitiva redacción del Fuero de los Españoles, y su reiteración por la Ley de 17 de mayo de 1958, el principio necesita, en el punto que exponemos, desenvolvimiento legislativo.

Desenvolvimiento que resulta ya insoslayable, dada la altura de los tiempos que vivimos, y la obligación que el propio legislador ha asumido, de inspirar su propia legislación en la doctrina social de la Iglesia.

Los tratadistas reconocen que la realidad legislativa española está alejada en no pocos puntos, de las proclamaciones de derechos de nuestras Leyes Fundamentales. Sánchez Agesta afirma que no todos los principios están enunciados en las Leyes Fundamentales españolas con la misma amplitud, ni han sido desenvueltos con la misma coherencia y rigor.

Marín Pérez, que existen todavía discrepancias muy sustanciales entre los textos de esas leyes constitucionales y la realidad legislativa española y vigente.

El propio Castán Tobeñas advierte que ni siquiera las leyes y Códigos de Derecho privado han de quedar al margen de una necesaria —pero no apresurada— revisión. Todas las materias jurídicas están muy relacionadas y enlazadas: y las declaraciones de Derechos dan cobijo a todas ellas (86).

## X. OPINIONES DE NUESTRA MAS RECENTE DOCTRINA ACERCA DE LA IGUALDAD DE SEXOS Y LA REVISION LEGISLATIVA QUE DICHO PRINCIPIO COMPORTA

Creemos ser fundamental para la promoción femenina la opinión que la doctrina jurídica española forma en torno al principio de igualdad de los sexos. Es muy significativo que un autor tan ponderado como Castán Tobeñas haya evolucionado no poco, entre la concepción que expone en *La condición social y jurídica de la mujer* y *Los derechos del hombre*. Por eso hemos querido exponer primero en el apartado IV de este trabajo las opiniones menos favorables a la promoción femenina y en el presente, haremos expresa mención de las más progresistas.

El propio Castán Tobeñas afirma (86) que "si bien las normas de carácter constitucional no hacen declaración expresa acerca del criterio que ha de regir en orden a la condición jurídica de las personas de sexo femenino, es de tener en cuenta que el artículo 3.<sup>º</sup> del Fuenro de los Españoles; indudablemente equipara, como regla general, la condición jurídica de uno y otro sexo de una manera implícita. Los Principios del Movimiento Nacional (Ley de 17 de mayo de 1958) contienen en su punto V igual formulación de que "la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles... La desigualdad de la condición jurídica sólo regirá tratándose de supuestos concretos en los que está excluida la aptitud de la mujer o se condicione su capacidad".

"...los reglamentos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Derecho científico... se han esforzado al unísono y de manera constante, por suavizar, humanizar y ampliar, a través de la interpretación de los textos vigentes en cada momento, los dominios de la capacidad y los derechos de la mujer".

Marsá Vancells (87) afirma, como conclusión de su importante trabajo que "el gran problema del Derecho civil de nuestros días, que debe resolverse con urgencia, es conseguir que la mujer tenga, en el matrimonio, idéntica consideración que el hombre en el Derecho positivo, para lo cual éste debe ser modificado rápidamente en casi todos los estados nacionales, rompiendo con antiguas tradiciones que han limitado siempre la actividad jurídica del sexo femenino, tales como la absurda autorización marital, el incalificable deber de obediencia de la mujer casada en el siglo xx, y la facultad decisoria del marido en caso de controversia conyugal, que convierte a aquélla, perpetuamente, en una esclava de éste...".

"Si el Derecho es el conjunto de normas encaminadas a facilitar la convivencia entre los seres humanos, es imprescindible, para lograrla, que no exista discriminación alguna entre ellos, que ambos sexos, masculino y femenino, estén sometidos a idéntica regulación

(87) *La mujer en el Derecho civil*, págs. 125 y 127.

legislativa, sin perjuicio de la especial consideración que las leyes deben conceder a la madre, y que se supriman de éstos los términos mujer y hombre, para sustituirlos por la palabra persona, única manera de conseguir el bienestar individual, la unidad familiar y la armonía social...”.

Marín Pérez (88) sostiene que “nuestros Códigos —no nos cansaremos de repetirlo —obedecen a directrices ideológicas, queramos o no, totalmente incompatibles, no ya con los principios inspiradores de la ideología que informa al actual estado, sino ni tan siquiera con la que inspira los principios sociológicos y culturales del mundo de nuestros días... Otra solución lógica que podía haber seguido el legislador era incrustar la Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, en forma semejante a como lo hizo el legislador argentino con la Ley 11.357, reformando radicalmente el Código civil”.

De la Cámara Alvarez (89) afirma que para brindar protección a la mujer casada separada de hecho, cosa no fácil tal como está concebida y articulada la ley, es preciso una nueva reforma del Código civil, aunque inspirada esta vez en criterios más amplios y progresivos. El entresijo de problemas que late en el fondo de tantos matrimonios, reclama soluciones que, para marchar de acuerdo con el espíritu de nuestro tiempo difícilmente pueden compaginarse con los vetus prejuicios a que responde en esta materia nuestro primer cuerpo legal.

Martínez Sarrión (90) afirma que “una unificación respecto a la supresión de la licencia marital se ha logrado, por diversos caminos, por supuesto —más el resultado para el observador es el mismo, en Alemania, Italia, Austria, Inglaterra, Irlanda, Nueva Zelanda, Canadá (a excepción de las antiguas colonias francesas), Suecia, Noruega, Finlandia, Dinamarca, U.R.S.S., Bélgica, Holanda, Francia, Cataluña y Baleares. Mantener el requisito de la licencia ha venido a ser, así lo expresa con su peculiar gracia André Maurois, sinónimo de país subdesarrollado”.

Estima que en el régimen legal de bienes supletorios de nuestro Código civil, la expresión “sociedad legal de gananciales” entraña lo que las fuentes romanas exponían sin la menor vacilación: una comunicación de bienes. Y una comunicación de bienes del patrimonio de la mujer al marido. El marido hace suyos todos los bienes, no por derecho propio, sino por comunicación establecida por la ley, con una finalidad y un alcance previamente fijados: la de que al fallecer cual-

(88) *La condición jurídico-laboral de la mujer, Los derechos de la mujer trabajadora*, publicación de la Organización Sindical Española, Servicios Jurídicos, págs. 25 y 27, Madrid, 1970.

(89) *La separación de hecho y la sociedad de gananciales*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, Fascículo II (enero-marzo de 1969), pág. 310.

(90) *La mujer casada y la disposición de sus bienes*, “Revista de Derecho Notarial”, abril-junio de 1967, págs. 139, 200 y siguientes.

quiero de ellos, y en general, a su disolución entrará en juego el artículo 1.392.

Pero no habiendo comunicación alguna respecto de los bienes parafinales, permaneciendo éstos en poder de la mujer ¿para qué es necesaria la licencia? Se ha desbordado la función marital a bienes que le están sustraídos, sin que pueda esgrimirse seriamente el argumento de que sus frutos están sujetos en último extremo al levantamiento de las cargas del matrimonio. Sin concesiones a la retórica, ni a la economía, ni a la sociología, ni a las páginas de André Maurois, no hay razón para mantener la licencia marital.

Lacruz Berdejo (91), no deja de expresar una opinión pesimista respecto de la supresión de la incapacidad de la mujer casada, al afirmar que "la mayor parte de las mujeres no se han sumado con entusiasmo y actividad a los movimientos en pro de su capacidad, sin duda, porque, como intuye Fremicourt, el yugo que ha pesado sobre las mujeres, era en realidad ligero; la evolución de las ideas y de las costumbres ha modificado insensiblemente, pero profundamente, en un sentido cada vez más liberal, la situación de la esposa, tanto en el hogar como en la sociedad, y a la concepción arcaica de la omnipotencia de la autoridad marital ha sustituido paulatinamente la de la colaboración íntima entre los cónyuges. La mujer ha cesado de ser la subordinada de su marido y las decisiones importantes en el matrimonio suelen tomarse de acuerdo. Esta situación de hecho explica que la supervivencia en España de una institución tan superada como la incapacidad de la esposa no haya suscitado, por parte de las interesadas, protestas y reclamaciones (que no habrían dejado de hacerse oír, si la mujer se sintiera verdaderamente trabada en el ejercicio de sus derechos y agravada en su dignidad) sustituidas por campañas de prensa de escasa trascendencia real. Sin duda, esas circunstancias fueron parte para que la Comisión de Codificación no viera la urgencia de resolver el problema a raíz de la última reforma del Código civil".

Sin embargo, no deja de reconocer que "en todo caso, el movimiento contemporáneo tendente a la emancipación de la mujer, incluso la casada, es un hecho irreversible, apoyado en causas sociológicas muy precisas, y en particular en la circunstancia de que la mujer casada trabaja en nuestros días como la soltera, y deviene socialmente un valor, adquiriendo a la vez una independencia de hecho que el Derecho no puede menos de reconocerle".

Enrique Lalaguna (92) en tema tan íntimamente conectado con el que es objeto principal de nuestro estudio como es el sentido actual del artículo 321, hoy derogado, entiende que el precepto, si no es de todo punto evidente que en el momento actual es contrario al principio

(91) Ob. cit., pág. 178, en nota 2.

(92) *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, pág. 198, "Aranzadi", Pamplona, 1969.

de igualdad de sexos, al que responde con trazo firme en tantos puntos de reforma del Código por Ley de 24 de abril de 1958, parece bastante claro que la norma ha perdido hoy prestigio social en medida muy considerable. Los mismos argumentos que en varias ocasiones esgrimió la doctrina científica para pedir su supresión, hoy muy afianzados, determinarían seguramente en caso de conflicto la aplicación del principio general de igualdad, que se manifestaría, al menos, en un criterio abierto de estimación de lo que es "causa legítima" para abandonar la casa paterna, lo que es prácticamente lo mismo que declarar ilegítima la norma del artículo 321.

Díez Picazo (93), después de sostener que una elevación del nivel de actuación jurídica de la mujer impone darle una participación efectiva en la gestión económica, cuya más clara consagración debería encontrarse a través de cuerpos separados de bienes en el matrimonio, afirma que la comparación jurídica es un método fructífero que nos permite, entre otras cosas, darnos cuenta de que lo que hemos respetado como inconcusos dogmas y como verdades son sólo tópicos y lugares comunes que han devenido anacrónicos. Esta es la tarea —dice— en que debemos empeñarnos: revisar la carga real de sentido de estos dogmas y de esos lugares comunes y poder ir preparando la floración de las nuevas reglas que en forma inquietante y cada día con mayor apremio reclaman las transformaciones de la vida social de que el Derecho debe ser reflejo.

## XI. LA LEY DE 22 DE JULIO DE 1961 Y EL DECRETO 2.310/1970 DE 20 DE AGOSTO

Inspirada en el principio de igualdad de los sexos, que reconoció el Preámbulo de la Ley de 24 de abril de 1958, la Ley citada en su artículo 1.<sup>º</sup> reconoció a la mujer "los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin más limitaciones que las establecidas en la presente ley".

Respetando los principios contenidos en dicho Preámbulo, desaprovechó —como apunta Marín Pérez— la oportunidad de suprimir la licencia marital para el ejercicio de tales derechos. Sin embargo, dentro de esta timidez fundamental, reconoció el principio del recurso judicial contra la negativa de licencia marital motivada por la mala fe o el abuso del derecho del marido. Pero no tuteló debidamente el interés de la mujer al no establecer un procedimiento especial, para lo que tenía el precedente de la Reforma de 24 de abril de 1958, artículo 1.413, para sustanciar la oposición a la negativa del marido a conceder la licencia.

El Decreto a que nos referimos, es de importancia capital, y en-

---

(93) *Prólogo*, cit., págs. XII y XIV.

tendemos que constituye una interpretación auténtica de la ley de referencia, para aquellos casos, como el de la mujer que presta servicios profesionales o, en general, no sometidos a la Ley de Contratos del Trabajo.

El Preámbulo de dicho Decreto reconoce que "la creciente participación de la mujer en las actividades laborales reviste extraordinaria importancia en la fase presente de desarrollo económico y social, al par que manifiesta la evolución de muchos de los conceptos que inspiraron la legislación específica sobre el trabajo femenino, hasta el punto de que es cada día más necesaria y universalmente aceptada la equiparación de la mujer, tanto para conseguir un empleo como para desempeñarlo en igualdad de condiciones con los trabajadores varones". El reconocimiento de la importancia extraordinaria del trabajo femenino es lo que ha obligado al legislador laboral a dejarse mover por los vientos de cambio y dictar, siempre con respeto a la potestad marital, reafirmada por la Ley de 24 de abril de 1958, el Decreto que comentamos.

El artículo 1.º del Decreto establece que "la mujer tiene derecho a prestar servicios laborales en plena situación de igualdad jurídica con el hombre, y a percibir por ello idéntica remuneración". El 2.º, que "la mujer casada podrá contratar la prestación de sus servicios con la autorización de su marido, que se presumirá concedida si anteriormente viniera desempeñando funciones laborales. La oposición o negativa del marido no será eficaz cuando se declare por la autoridad judicial que fue precedida de mala fe o con abuso de sus derechos. En caso de separación conyugal de derecho o de hecho, se reputará concedida por el ministerio de la ley la autorización para celebrar contratos de trabajo, con todos los efectos que de los mismos puedan derivarse. La mujer casada, para comparecer en procedimientos laborales, no precisa autorización ni asistencia del marido, aunque, facultativamente, pueda estar asistida o representada por éste".

Apreciamos los siguientes avances que mejoran la condición jurídica de la mujer trabajadora: la presunción de otorgamiento de la licencia marital si con anterioridad a su matrimonio viniera prestando funciones laborales (similar a la que establece para el ejercicio del comercio por la mujer casada el artículo 7 del Código de comercio); la posibilidad —que creemos indiscutible— de sustanciar en el ágil procedimiento laboral la oposición a la negativa abusiva del marido; la mejora de la redacción de la supresión de la licencia marital en caso de separación de hecho o de derecho; la plena capacidad de la mujer casada para comparecer en procedimientos laborales sin necesidad de asistencia del marido, que se permite con carácter facultativo.

De mucha importancia es que la disposición transitoria primera de dicho Decreto establezca que antes de primero de enero de mil novecientos setenta y dos, el Ministerio del Trabajo procederá a la revisión de las reglamentaciones de trabajo, ordenanzas laborales y

normas de obligado cumplimiento para adaptarlas a lo establecido en el artículo 1.º del Decreto. Asimismo se revisarán en el indicado plazo las normas que regulen el trabajo de la mujer en tareas tóxicas, penosas, peligrosas o insalubres, a fin de eliminar las posibles discriminaciones que en las mismas pudieran contenerse por razón de sexo.

Pese a las bien intencionadas reglas que hemos comentado, tememos que el propósito del legislador quede a medias desvirtuado por la resistencia que los prejuicios sociales y los intereses patronales le opongan.

Sobre todo, es preciso establecer un conjunto de medidas de gobierno, de carácter socioeconómico, que hagan efectivo el principio de paridad de condición de la mujer trabajadora y del hombre. No es este el lugar para exponerlas ni ese el propósito que nos ha animado en la redacción del presente trabajo.

## XII. LINEAS FUNDAMENTALES PARA UNA REVISION DE LA POTESTAD MARITAL

Creemos que la más reciente doctrina española es favorable a un movimiento revisionista de la potestad marital. Los ejemplos que hemos aducido a lo largo del presente trabajo, permiten inducir un estado de opinión netamente progresista al respecto. Una encuesta sociológica que se hiciera entre los profesionales del Derecho, es casi seguro que arrojaría un porcentaje aplastante de partidarios de la revisión. Porcentaje no muy inferior sería el de los juristas partidarios de una reforma en breve plazo, nunca superior a dos o tres años.

En la reforma es preciso oír a los organismos todos implicados en el problema. Los colegios de abogados y notariales, la Academia de Ciencias Morales y Políticas, las cátedras de Derecho civil y las Facultades de Derecho, la Asociación Española de Mujeres Juristas, la Sección Femenina del Movimiento... En el plano constitucional, el Consejo Nacional del Movimiento es competente como antes vimos.

Pero, previamente a todo proyecto o anteproyecto legislativo, es preciso que los juristas se agrupen en equipos de trabajo que realicen los oportunos estudios, con o sin redacción de una propuesta de articulado concreto, con el fin de delimitar la materia objeto de la reforma, y resolver la compleja problemática que la misma encierra. La relativa dificultad de la coordinación de los textos legislativos tan dispares, la dificultad incluso de documentarse debidamente no deben, no obstante, ser un obstáculo para la necesaria supresión de la potestad marital.

Aunque la República Federal Alemana desenvolvió jurisprudencialmente, entre los años 1949 y 1953, el principio de equiparación de sexos proclamado por la Ley Fundamental de 1949, y fueron los tribunales los que en cada caso resolvieron si un determinado precepto del B. G. C. era o no opuesto a tal principio constitucional, es

obvio que nuestro ordenamiento jurídico no puede admitir tal solución. La situación constituyente de la Alemania de la postguerra, y el deseo de reparar el enorme retraso que el régimen hitleriano introdujo en la promoción de la mujer, son circunstancias únicas no repetibles en nuestro país.

Nosotros entendemos que sería suficiente, en una primera reforma, con suprimir la licencia marital para el ejercicio de actos jurídicos de la mujer sobre sus bienes propios. Al mismo tiempo, eliminar el deber de obediencia que consagra el artículo 57 del Código civil. Con ello, las más irritantes consecuencias de la potestad marital desaparecerían, y quedaría a la autoridad judicial encomendada la labor de coordinar tales nuevos principios con los restantes del Código civil y demás leyes aplicables.

Por supuesto que los problemas serían innumerables, y tal vez —dirán los tímidos —convendría posponer la reforma hasta que otra, íntimamente ligada con la anterior, la de los regímenes matrimoniales de bienes, estuviera madura.

No abona tal opinión la experiencia francesa, en que por Ley de 22 de septiembre de 1942, confirmada por Ordenanza de 9 de octubre de 1945, se ha suprimido la potestad marital, y la reforma del régimen matrimonial de bienes ha tenido que esperar a la Ley de 13 de julio de 1965.

La coordinación de tal reforma limitada a la supresión de lo más irritante de la potestad marital con la legislación especial civil de nuestras regiones no ofrece tantos problemas como parece. No ovidemos que tanto Cataluña como Baleares han suprimido la licencia marital para la administración y la disposición de los bienes parafernales de la mujer en sus respectivas Compilaciones. No sería demasiado difícil la implantación de la reforma en el resto de las regiones, retocando algunos textos legislativos e inspirando una nueva y generosa jurisprudencia que repristinara el sentido íntimo de la antigua tradición foral: el otorgamiento mancomunado, de marido y mujer, de los actos de trascendencia para la sociedad conyugal.

Lo único que sería imperdonable es descorazonarse ante las dificultades técnicas que el propósito enunciado encierra. La promoción jurídica de la mujer no puede esperar la compleja tramitación de la reforma de los regímenes matrimoniales que la necesaria aplicación del principio de equiparación jurídica de los sexos traería consigo. Como factor desencadenante de la promoción socioeconómica y psicológica de la mujer, la necesaria supresión de la potestad marital es insoslayable. Hemos de empezar a laborar por ella *ahora mismo*.



## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

**ALONSO OLEA, Manuel:** "Introducción al Derecho del trabajo. 3.<sup>a</sup> edición, revisada. Editorial "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1974, 347 págs.

La primera edición de este libro se publica en el año 1963; en 1968 aparece la primera edición portuguesa y, un años más tarde, la primera edición brasileña; en 1968 aparece la segunda edición española, revisada, y, por último, esta tercera, en 1974, también revisada. Todo ello refleja, junto a la importancia de esta obra para la ciencia del Derecho del trabajo, la constante preocupación del profesor Alonso Olea por perfeccionarla. En efecto, el autor no se ha limitado en las sucesivas reediciones a la mera puesta al día de la anterior, sino que todo el contenido del texto se ha visto afectado; revisión y ampliación que también alcanza a la bibliografía y a las notas, que han aumentado no sólo en cantidad, sino también en contenido.

Si la edición de 1963 significa la formulación, a nivel introductorio, del sistema científico del Derecho del trabajo que mayor difusión y rai-gambre doctrinal y jurisprudencial ha logrado en nuestro país y mayor trascendencia más allá de sus fronteras, la presente pone de manifiesto la segura continuidad de su doctrina. Debe tenerse en cuenta, además, que la labor perfeccionadora de los propios postulados intelectuales es tan difícil, cuando menos, como la misma función inicial y creadora.

La obra se apoya sobre una premisa fundamental y necesaria: el proceso diferenciador, especificador, de una determinada rama del Derecho no consiste simplemente en un proceso jurídico, sino que se asienta sobre presupuestos sociales, políticos, económicos e incluso demográficos y, en última instancia, proviene de la misma naturaleza de las cosas. Esta particularidad de un sector del Ordenamiento jurídico no afecta, como bien indica el autor, a la unidad sustancial del mismo.

El Derecho del trabajo aparece como disciplina autónoma en función de las particulares relaciones obligatorias que lo constituyen, de la peculiaridad de su objeto y de las especiales categorías de sujetos a que afecta.

Relevancia de la realidad social subyacente y ordenación jurídica exigida por la misma realidad social determinan la autonomía de una rama del Derecho. Ambos requisitos, como muestra el autor, concurren en el Derecho del trabajo que se configura, por tanto, como disciplina autónoma.

A continuación se analizan los caracteres de esa realidad social subyacente sobre la que se proyecta el Derecho del trabajo.

El profesor Alonso Olea nos enseña que el carácter específico del trabajo objeto del Derecho del trabajo, viene dado, esencialmente, por la nota de ajenidad; ajenidad que, instrumentada mediante una libre relación jurídica de cambio, lleva consigo la correspondiente remuneración del trabajador. La dependencia aparece, por el contrario, sin entidad suficiente para elevarse a rango de nota definidora, ya que no resulta ser más que uno de los efectos propios de la ajenidad. En resumen, productividad, libertad y ajenidad del trabajo humano constituyen los caracteres típicos, definidores, del trabajo objeto de la normativa laboral.

Después de detallar minuciosamente determinadas modalidades de trabajos por cuenta ajena según los distintos sectores de la producción donde se ejecutan, y de realizar importantes precisiones sobre sus especialidades —resulta particularmente esclarecedora su opinión sobre el trabajo en el sector primario—, el autor procede al estudio de las distintas causas históricas conformadoras de las instituciones fundamentales del Derecho del trabajo. Tarea muy compleja que exige conocimientos exhaustivos de las fuentes y de los fenómenos sociales, políticos y económicos de las sucesivas etapas históricas. Como prueba del rigor excepcional de su labor, se observa el completo análisis del sistema gremial, con especial hincapié en la existencia y extensión del poder normativo laboral del gremio.

En el estudio de la génesis y desarrollo del Derecho de trabajo, el autor nos explica cómo este sector del Ordenamiento nació bajo el signo de la necesidad de regulación de la materia social sobre la que actúa en mayor medida, si cabe, que cualquier otra rama del Derecho. El análisis de la concentración financiera que trajo consigo la llamada Revolución Industrial y, en general, las noticias sobre la revolución tecnológica y sus consecuencias, presentan indudable interés.

Tras el complejo análisis histórico, aparecen definitivamente diáfanas las causas de la aparición arrolladora del Derecho del trabajo, como respuesta de la sociedad jurídicamente organizada ante el estado de cosas producto de la neutralidad de un sistema jurídico caduco que partía de postulados éticos, políticos y sociales regresivos. Frente a ello, aparece el Derecho del trabajo como fenómeno de eminente carácter progresivo, nota consustancial con su finalidad tutelar o protectora.

Una vez delimitado el objeto de conocimiento científico en orden a sus fundamentos históricos y sociales, el autor lleva a cabo el análisis dogmático de la relación jurídica de trabajo y su delimitación sistemática. La participación en beneficios ocupa el lugar correspondiente en el estudio del objeto de la relación, con la particularidad de que se incorpora por primera vez al texto, sin duda por la difusión e importancia actual de tal modalidad de retribución. Se la delimita debidamente de los beneficios propios de las relaciones de tipo societario, cuya normatividad no corresponde al Derecho del trabajo, precisamente porque "la ajenidad ha desaparecido y, con ella, el contrato de trabajo". A continuación, se

analizan el objeto y la causa de la relación laboral y los elementos subjetivos de la misma, con especial referencia a la realidad jurídica, social y económica que constituye la empresa.

Respecto de la singularidad del contrato de trabajo, ésta reside, como indica el autor, "en la muy especial naturaleza del objeto de las obligaciones recíprocas que en su virtud asumen las partes y, sobre todo, de la asumida por el trabajador que compromete en la ejecución del contrato su propio trabajo, siendo éste una actividad estrictamente personal, en cierta manera su propia persona". El carácter, pues, bilateral, innegable, del contrato de trabajo y, a la vez, la configuración de la obligación de trabajar como *personalísima* —intuitu personae—, determinan la tipicidad del negocio jurídico laboral.

Las nociones fundamentales sobre contratos de trabajo se centran, entre otros, en los importantes temas de la conservación del negocio y el régimen especial que afectan a su extinción. Consideración especial merece la posición jurídica de poder que ostenta el empresario en dicha relación, y la correlativa situación de subordinación del trabajador, en el amplio sentido que la considera hoy tanto la doctrina como la jurisprudencia.

El libro comentado ofrece una rigurosa exposición de las fuentes del Derecho, referidas en particular al Derecho del trabajo. Se resuelve, entre otros, el problema de la jerarquía dinámica de las normas laborales, manifestación de su eminentemente carácter tutitivo, y se procede al encuadramiento de la institución sindical en el contexto de las fuentes normativas, precindiéndose del intento de edificar un problemático "Derecho colectivo del Trabajo", hacia el que otros autores son proclives. Respecto del carácter necesario de la normatividad laboral, indica el profesor Alonso Olea que no deriva tanto del principio de irrenunciabilidad de Derechos, que puede afectar no sólo al trabajador sino también al empresario, como de la propia estructura de la relación jurídica laboral.

Debemos añadir que la bibliografía, las connotaciones y referencias, de contenido exhaustivo y de volumen muy superior al de las ediciones anteriores, son claro exponente de las vastísimas lecturas en que se apoya la enorme cultura del autor, y una razón más del acierto de la obra en la que, de modo eminentemente, se acomete lo que el propio profesor Alonso Olea ha llamado "la consideración crítica y artística del Derecho".

Francisco GARCÍA ORTUÑO  
Departamento de Derecho del Trabajo  
Universidad de Murcia

BERCOVITZ, Rodrigo: "La imputación de pagos". Madrid, 1973. Editorial Montecorvo. Un volumen de 355 págs.

El tema de la imputación de pagos contaba ya con un fundamental y profundo estudio histórico-crítico del profesor Borrajo Dacruz, tema de

su tesis doctoral bajo la dirección del profesor d'Ors, nuestro común maestro, que nos dedicó tantas horas a aquellos iniciales empeños en nuestra tarea investigadora y universitaria.

A este estudio anterior se une el del doctor Bercovitz, de tono preferentemente exegético, según el uso de la civilística del Derecho privado continental europeo, y donde se realizan con amplitud y se examinan los aspectos interpretativos de las tres normas positivas de nuestro Código civil (arts. 1.172-1.174), en función del Derecho comparado, su doctrina y la jurisprudencia española.

La obra, dividida en cinco capítulos, comienza con el concepto y las características de la imputación de pagos, los supuestos en que concurren varios sujetos (pluralidad de acreedores y de deudores), la indivisibilidad del pago en la imputación, los requisitos de liquidez y exigibilidad de las deudas y la imputación de pagos como cuestión de hecho.

En los capítulos siguientes se aborda el tema central de toda imputación, cual es la determinación del pago, sea realizada por parte del deudor, ya del acreedor o bien suponga una determinación legal, para concluir con la imputación de pagos en las deudas de interés.

Este estudio monográfico sobre la imputación de pagos es completo y bien trabajado, con abundante documentación, por lo que supone una importante contribución al tema.

José BONET CORREA

**CANO TELLO, Celestino A: "La hipoteca de concesiones administrativa". Madrid, Montecorvo, 1973, 282 págs.**

El interés de la obra que comentamos se pone de relieve en el magnífico prólogo de la misma. Dice el autor del prólogo, el ilustre catedrático doctor don Manuel Gitrama, que "por vez primera en nuestra doctrina se acomete el estudio a fondo de figura tan sugestiva como es la hipoteca de concesiones administrativas". Más adelante señala lo que puede ser la razón de que hasta ahora no se hubiera realizado una investigación profunda y exhaustiva de la hipoteca de concesiones administrativas. Se dice al respecto que la realización de este estudio científico "exige el previo análisis de importantes cuestiones básicas del Derecho administrativo, del Derecho hipotecario y de la teoría general del derecho real...". Por consiguiente, nos encontramos ante un tema no fronterizo, sino plenamente insertado en el núcleo de dos disciplinas jurídicas: el Derecho administrativo y el Derecho civil. Ello, por sí sólo, es tremadamente positivo, ya que pienso que la realidad hay que analizarla en todas sus dimensiones, olvidando los límites disciplinarios que, con tanta frecuencia, ahogan y empobrecen la tarea investigadora. Sin duda que el esfuerzo de los investigadores que, como el doctor Cano Tello, abordan los problemas desde todas sus perspectivas, ha de ser fuente de una renovación y enriquecimiento de la Ciencia jurídica, siendo buena prueba de ello la obra que comentamos.

En el libro hay dos capítulos de introducción, el primero y el segundo, dedicados, respectivamente, al estudio de la concesión administrativa y de la hipoteca. A continuación, una serie de capítulos, del tercero al noveno, analizan detalladamente la problemática de la hipoteca de concesiones administrativas. El capítulo décimo da noticias de Derecho comparado. Termina la obra con unas conclusiones y un índice bibliográfico.

Preocupación inicial y fundamental del autor es la de la naturaleza de la concesión administrativa. En este sentido trata fundamentalmente de determinar si es un derecho real, lo cual le lleva a plantearse la posibilidad de los derechos reales administrativos. Frente a la incompatibilidad de los derechos reales con el principio de inalienabilidad de los bienes de dominio público señala que no es argumento decisivo, ya que si bien los bienes de dominio público están fuera del tráfico jurídico privado, puesto que someterlos al mismo supondría un atentado contra su propia naturaleza; sin embargo, ello no implica que no puedan ser enajenados por la persona jurídica pública que ostente su dominio. A este respecto recuerda que el dictamen del Consejo de Estado de 14 de julio de 1948, aceptado por la Orden Ministerial del 29 del mismo mes y año, reconoce que el dominio público sólo es susceptible de tráfico jurídico público: "las pretendidas servidumbres... sólo son efectivas servidumbres cuando recaen sobre predios de dominio privado y revisten plenamente la naturaleza de concesiones administrativas de dominio público cuando recaen sobre éste".

Resuelto este primer problema se enfrenta el autor con la cuestión de si los llamados *derechos reales administrativos* presentan o no el rasgo de oponibilidad *erga omnes*, nota característica de los derechos reales. El problema se plantea porque los derechos del concesionario sobre los bienes de dominio público objeto de la concesión no son ejercitables frente a la Administración concedente, ya que los concesionarios del dominio público no tienen sobre la dependencia concedida más que un derecho de posesión precario y revocable. Tales argumentos no le parecen convincentes al autor. En efecto, señala que el concesionario puede ejercitar su titularidad frente a todos, incluso frente a la administración concedente. Afirma, además, que no se puede invocar la precariedad para impugnar la naturaleza real de las concesiones, puesto que la misma propiedad civil no es más fuerte ante el interés público. Estos y otros argumentos, que sería prolífico resumir, le llevan a la afirmación de que la concesión administrativa es un verdadero derecho real administrativo, caracterizado por recaer sobre una concesión de derecho público, por tanto, gravitando directa e inmediatamente sobre bienes de dominio público. Tal derecho real nace de un acto administrativo de concesión y su contenido está sometido a la disciplina del Derecho administrativo. Tales afirmaciones que se hacen en relación con las concesiones de dominio son aplicables también, según el autor, a las concesiones de obras públicas, así como de servicio público en su caso, en tanto en cuanto supongan un derecho real sobre bienes inmuebles de dominio público.

Admitida la categoría de los derechos reales administrativos, así

como la naturaleza real de las concesiones administrativas, en el capítulo III se trata de las concesiones hipotecables: Llega el autor a la conclusión de que las concesiones de minas, aguas y obras públicas en general, entre las que se incluyen los caminos, carreteras, autopistas, ferrocarriles, puertos, canales y otras análogas, son hipotecables por reunir los requisitos de alienabilidad, demanialidad, inmobilidad y realidad, y, asimismo, la concesión de servicios públicos que lleve consigo la obligación de construir obra pública o atribuya un derecho real sobre un bien inmueble de dominio público.

En los capítulos siguientes se analiza toda la problemática de la hipoteca de concesiones administrativas.

Respecto de los sujetos se trata de la hipoteca a favor de españoles y de extranjeros. Se analiza la cuestión de la necesidad de autorización administrativa, cuya falta no origina la nulidad, ni la anulabilidad del contrato, el cual se perfecciona por el consentimiento de las partes, pero no obliga hasta que recae la aprobación administrativa. Se estudia también la problemática de la constitución y de la extensión objetiva de la hipoteca de concesiones.

Al analizar la cuestión de la obligación garantizada con la hipoteca se plantea el problema de si es posible asegurar obligaciones ajenas a la concesión. Tal posibilidad implica el que queden subordinados los intereses públicos al interés particular, ya que se establecería un gravamen que podría perjudicar a la concesión, sometiéndola a las vicisitudes del crédito y con la posibilidad de una ejecución en caso de incumplimiento. Por ello, el autor estima que este punto debe estar sometido a la discrecionalidad administrativa.

El capítulo VIII se dedica al análisis de los efectos de la hipoteca de concesiones y el IX a la extinción de la misma. Analiza todas las causas de extinción y entre ellas la reversión —esa figura que el profesor García de Enterría ha calificado recientemente de “mito jurídico” (“Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo”. Madrid, Tecnos, 1974, pág. 75) — y el rescate.

Concluimos nuestra reseña señalando el interés de la obra, la cual, a nuestro modesto juicio, adolece de un excesivo conceptualismo.

V. TORRALBA  
*Profesor Agregado de Derecho civil*

**GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo: “Estudios de Derecho Procesal”, EUNSA, Pamplona, 1974, 592 páginas.**

Los Estudios de Derecho Procesal, de Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, catedrático de Derecho Procesal, constituyen un extenso volumen, a mi juicio muy valioso, en el que se recoge lo más sobresaliente de la producción del autor esparcida en diversas revistas, en torno a gran número

de problemas del Derecho Procesal, algunos muy conexos con otros, civiles, penales, administrativos, etc.

La obra está dividida en cinco capítulos: Cuestiones Generales, Teoría General del Proceso, Organización Judicial, Derecho Procesal Civil y Derecho Procesal Penal, y viene seguida de un índice por materias que facilita mucho su manejo. A los distintos trabajos se les ha dado, con el orden e índice aludidos, una indudable trabañón temática que confiere a los Estudios una plausible homogeneidad interna.

En el capítulo de Cuestiones Generales se recoge un trabajo sobre "La enseñanza práctica del Derecho". Presenta el autor una serie de experiencias vividas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra sobre prácticas conjuntas, que afectan a diversas materias jurídicas. Estas prácticas que tanto interés tienen para la exposición de un Derecho vivo, son relatadas por el Prof. Cabiedes documentando su trabajo con los ensayos de "Clínica Jurídica" realizados en Italia y otros países.

En el capítulo II de Teoría General del Proceso se incluyen dos trabajos. Uno sobre el concepto del Derecho Procesal y otro sobre la función de este Derecho en la vida judicial. En el primero desarrolla el autor un pensamiento acerca del concepto de Derecho Procesal, partiendo de las notas de autoridad, independencia e imparcialidad, propias de la función jurisdiccional a la que el Derecho Procesal sirve. En el segundo, el Prof. Gutiérrez de Cabiedes estudia el espinozo e importante tema del Juez ante la ley, defendiendo en una ponderada síntesis la legalidad y creatividad que están presentes en el fallo jurisdiccional.

A la Organización Judicial se dedica el capítulo III, con dos estudios, uno sobre el Autogobierno de la Magistratura y el otro sobre el Proyecto de Bases de Ley Orgánica de la Justicia. El primero es una comunicación a la VI Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, en la que el autor demuestra la preponderante función del Consejo Judicial en la designación de Jueces y Magistrados, llegando a hablar incluso de un "Autogobierno de la Magistratura de hecho", lo que quizá sea excesivo. El segundo estudio de este capítulo, es un pormenorizado trabajo de examen de las Bases del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Justicia, actualmente sometido al dictamen de las Cortes. El parecer razonado del Prof. Cabiedes sobre el Proyecto no es positivo.

El capítulo más extenso y tal vez el más importante de la obra es el IV, dedicado al Derecho Procesal Civil. Se ha dividido en tres secciones: Sujetos y Objetos del Proceso, Proceso de Declaración y Proceso de Ejecución.

En la primera de estas secciones se transcriben tres trabajos muy logrados sobre excepciones dilatorias.

El primero —"La incompetencia de jurisdicción"— es un estudio de la jurisdicción y competencia en su vertiente interna e internacional (proceso con elementos extranjeros).

El segundo —"La excepción dilatoria de falta de carácter"— es en

realidad un estudio del término "personalidad" en la L.E.C. Se aborda la falta de capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la representación procesal, la suficiencia y legalidad del poder del procurador y la relación que el "carácter" tiene en todas esas instituciones procesales.

El tercer artículo —"La litispendencia"— es un estudio que rebasa los estrictos límites de esta excepción para adentrarse en sus diferencias con la acumulación de autos, los procesos conexos, etc. Se aborda también el tema de las identidades procesales, el "dies a quo" y "ad quem" de comienzo y término de la litispendencia, etc.

En los capítulos dedicados al proceso de declaración y de ejecución se abordan temas de importancia civil inmediata. Así en el trabajo titulado "Problemas en torno a la conciliación" se hace un estudio de los efectos de ésta, demostrando Cabiedes que la interrupción de la prescripción extintiva o de acciones se produce por la mera celebración de la conciliación, sin necesidad de interposición de demanda en los dos meses posteriores (art. 479 L.E.C.), ya que si el Código civil en el art. 1.973 ordena la interrupción de esta prescripción incluso por la reclamación extrajudicial sin más requisitos, cuanto más por un acto de las solemnidades y forma procesal de la conciliación aunque no vaya seguido de demanda.

"Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares" es otro trabajo de este capítulo que interesa al civilista. Se clasifican y sistematizan las medidas cautelares y, lo que es más importante, se aporta un catálogo exhaustivo de ellas en función del derecho tutelado.

El último trabajo de este capítulo se titula "Aspectos históricos y dogmáticos del juicio ejecutivo y del proceso monitorio en España". Se trata de un estudio histórico y dogmático a la vez de la complementariedad de ambos procesos. El autor demuestra la vigencia de hecho del juicio monitorio en la vida del foro hasta la L.E.C. de 1855, siguiendo la interpretación histórica más segura y la necesidad de implantar el proceso monitorio para una más justa y económica protección del crédito y agilización de la Administración de Justicia.

El último capítulo (V) se dedica al Proceso Penal. Contiene tres trabajos: uno sobre la Carga de la Prueba en este proceso: "El principio 'pro reo' en el Derecho y en el Proceso Penal", otro sobre el Objeto del Proceso Penal: "La correlación entre acusación y sentencia"; y por último un trabajo referente al llamado proceso preventivo titulado: "Principios Procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y su Reglamento".

Los estudios que comentamos constituyen una valiosa aportación al campo del Derecho Procesal en general y al Derecho público y privado en particular. Colecciones de este estilo, cuando se logra la unidad de exposición y temas como en el caso presente, facilitan la consulta de los trabajos recopilados y con ello su eficacia científica. Hemos, pues, de felicitar a Eduardo Gutiérrez de Cabiedes.

LOIS ESTEVEZ, José: "La investigación científica y su propedéutica en el Derecho. ("El acorralamiento sistemático de los errores jurídicos"). Tomo II. Caracas, 1972, 226 págs.

Un examen superficial de este segundo tomo de la obra del profesor Lois podría sugerir la falsa impresión de que no es otra cosa que un compendio de reglas prácticas para facilitar el aprendizaje de las técnicas de investigación a los que pretendan iniciarse en ella. Esto sería ya bastante para avalar este segundo volumen, cuando, como en el caso presente, viene a llenar un hueco en la bibliografía de habla española. Pero no es esto sólo lo que verdaderamente da valor a este libro. En él, como de pasada, se entra a fondo en muchos problemas capitales de la teoría general del Derecho, que aparecen resueltos en forma original y sugeriva y no pocas veces revolucionaria.

Este segundo tomo consta de tres partes muy distintas. *Una primera*, a la que denomina "Entreacto reintroductorio", que sirve de puente de enlace con el tomo anterior (1); *una segunda*, que, como revela la misma numeración de los capítulos, constituye el cuerpo de la obra y la prosecución del anterior volumen, y *una tercera*, a modo de apéndice, cuya inclusión en este tomo sólo parece deberse a su contenido metodológico.

Tratar de resumir en breves palabras las aportaciones más importantes que brinda este libro no es tarea fácil, pues en algunos casos lo hace ya el autor en sensible esfuerzo de síntesis. Así ocurre en su contraposición inicial entre los métodos jurídicos tradicionales de estirpe positivista —que ven únicamente en el Derecho *un conjunto de normas*— y se agotan en subsunción y exégesis, y el método científico que el propio Lois propone, descrito como *una sistematización de la conjectura, contrastada por exclusión y simplificada, para minimalizar el error residual de las proposiciones jurídicas*". Los métodos jurídicos tradicionales no tienden a otra cosa que a clasificar los *hechos jurídicos* mediante los oportunos *conceptos*, con lo cual no parece existir diferencia entre la Ciencia jurídica y las demás, que también clasifican las realidades mediante sus peculiares conceptos. Sin embargo, hay una diferencia decisiva: las demás ciencias se forman con *juicios enunciativos* y el Derecho con *juicios imperativos*, pues "las normas" —que equivalen al Derecho en la doctrina común— no son otra cosa. Y en tal supuesto el fracaso es inevitable, ya que los imperativos no son verdaderas proposiciones, al no poder resultar ni *verdaderos* ni *falsos*. Además, ni podían referirse a un *fundamento predictivo* patrón, ni ofrecer un *significado completo*, ya por albergar variables entre sus términos, ya por dejar indeterminado el necesario contexto (2). En este mundo de voluntarismo no cabía conocimiento científico del Derecho. Los gobernantes emitían *decretos dogmáticos*; los juristas *opiniones* inseguras. Los conceptos jurídicos eran,

(1) La recensión al tomo I de esta obra ha sido publicado en este ANUARIO, tomo XXV, fasc. 1.º, de enero-marzo 1972.

(2) Vid. nuestra recensión cit. al tomo I y, mejor aún, el tomo I de esta obra del profesor LOIS, pp. 27 y ss., 51 y ss., 106 y ss. y 139 y ss.

a lo sumo, como síntomas para permitir un diagnóstico de la voluntad del legislador (o del Estado). La interpretación no podría lograr nunca fórmulas convincentes, pues ni el legislador —ni aun los juristas— daban valor de fuente del Derecho a la doctrina. Lo extraño era entonces que los hombres de leyes siempre consideraran de su incumbencia idear métodos interpretativos. Aunque, negado el Derecho natural, no se temía el absoluto arbitrio del legislador, el de los jueces, por razones históricas, trataba de evitarse a toda costa. La Jurisprudencia y la Ley —como fuentes del Derecho— se inventaron para conseguir el control del juez y la previsibilidad de las sentencias. Pero la Ley no garantiza nada sino cuando el Juez es el que idealizó Montesquieu: *la boca que pronuncia las palabras de la Ley*. La interpretación tenía a similar propósito de objetividad y limitación del Juez: por eso respondió primero a criterios “intelectualistas”. Pero pretendía lo imposible. Y acabó resignándose al arbitrio del Juez en las escuelas de sesgo *voluntarista* como la Teoría Pura del Derecho o la del Derecho “libre”.

Ante estas consecuencias de las premisas positivistas, Lois cree necesario recusarlas (3) y sienta frente a ellas las siguientes afirmaciones: El Derecho no lo *hace* el legislador, sino que *lo vivimos todos*, aunque en forma insatisfactoria y con imperfecciones. Pero es perfectible. Frente a la realidad jurídica, es decir, al Derecho que se da en la experiencia (que la investigación debe descubrir), la tarea de los juristas y del legislador es la misma: mostrar “que proyectos realizables de reorganización social serían más aptos para mejorar la convivencia pacífica interhumana e incrementar nuestras expectativas de supervivencia”. El autor cree en la posibilidad de objetivizar los procesos de optimización de lo jurídico, limitando así, simultáneamente, el arbitrio del legislador y el del juez.

Para hacer ver cómo podría lograrse este designio, Lois inserta a continuación el segundo capítulo de otro libro que está preparando (“Formulaciones matemáticas para una Ciencia exacta del Derecho”), en el que desarrolla una porción de ideas germinales esparcidas en otras obras del propio tratadista. Parte de una definición matemática de la *libertad jurídica* que, según muestra, se halla en relación inversa con las tendencias constrictivas que tratan de frenarla. La libertad en el hombre aislado se hace coincidir con el poder físico; pero se reduce drásticamente en cuanto hay otros hombres en el escenario. No sólo porque cada hombre cambia la situación de los demás, ya que *puede* también y es, en consecuencia, *temible*, sino, sobre todo, porque cada hombre consume bienes escasos y resta o merma los que hay en reserva en la sociedad. Cuando la población aumenta, la libertad jurídica tiene que sufrir cambios, según que la producción que vaya lográndose crezca o no en mayor medida; va ligada a “los recursos disponibles por habitante”. En circuns-

(3) Sigue en este punto la línea metódica iniciada hace ya largos años, especialmente en las siguientes publicaciones: “La teoría del objeto del proceso”, A. D. C., II, 2 (1949); “Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia jurídica”, 1954; “Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Ciencia de la Legislación”, 1959, etc.

tancias normales, población y recursos sólo guardan relaciones fijas durante fracciones mínimas de tiempo. Por eso, la libertad jurídica constituye una magnitud variable, cuya evaluación es del máximo interés. Importa sobre todo al jurista saber de cuánta disfruta el hombre medio en una sociedad dada y si muestra tendencia a la *expansión* o a la *contracción*. Esto requiere mediciones y cálculos, y demuestra —en el sentir del autor— que el Derecho tenga que ser objeto de aprehensión matemática (págs. 17-19).

La parte propedéutica de la obra se explaya en cuatro capítulos de sugestivo interés: *uno* que versa sobre la adecuada formación del jurista; *otro*, que se refiere al contenido de los estudios jurídicos y su planificación; *un tercero*, en el que se nos dice cómo proyectar una investigación jurídica, y *un cuarto*, que estudia la investigación jurídica propiamente dicha, bajo dos ángulos visuales: a) Como un proceso hacia las fuentes originarias de toda información jurídica, y b) En “las constantes de la investigación jurídica”.

El Capítulo IV es, quizá, el más importante de la obra. Hay en él interesantes reflexiones sobre las distinción entre *hecho* y *Derecho*; entre las fuentes del *Derecho* y las fuentes informativas de los datos jurídicos; una muy sugestiva caracterización de los *principios generales del Derecho*, como “principios integrantes de la Ciencia jurídica”, (que le permite al autor llegar a la conclusión de que “ninguna norma del Ordenamiento podrá interpretarse en menoscabo, sino bajo la luz de las verdades jurídicas reconocidas”, pues, al igual que en cualquier otra Ciencia, tampoco en el Derecho habrá ley alguna que esté por encima de la verdad); un sutil distingo entre la Lógica jurídica y la Epistemología del Derecho, amén de una exploración sin precedentes en el número de axiomas y valores jurídicos que han de ser movilizados por los legisladores para dar solución completa a la totalidad de los casos jurídicos posibles (páginas 131 y siguientes).

Lo más original y logrado de la presente obra son, sin duda, los argumentos incontestables que Lois aduce contra la concepción normativo-positivista del Derecho: “Si el Ordenamiento positivo hubiese de monopolizar el Derecho en sus normas explícitas, resultaría insensato aludir después a normas *supletorias* para resolver todavía casos jurídicos, porque no podría haberlos”; si el Derecho no es más que un conjunto dado de normas, no hay modo alguno lógico de que puedan ser Derecho normas que no se *hayan dado* aún. Los casos no previstos en las normas dadas ¿cómo podrían ser Derecho, ni cómo afirmaríamos que lo eran? Si son Derecho ya no es verdad el normativismo. Si no son Derecho hay que proclamarlo así, e inhibirse los jueces, en lugar de buscar soluciones en fuentes subsidiarias. Si esto último no puede hacerse es porque tenemos conciencia de que el Derecho es algo más de lo que las normas nos digan.

Otra tesis sumamente interesante del autor es la que concierne a la distinción entre el *Derecho privado* y el *Derecho público*. Para Lois el Derecho “privado” es aquel en que, por dictamen del propio Ordenamien-

to, el *ser jurídico* que le han dado las parte a una relación entre ellas tiene que oficiar y pasar por la cabal expresión de su *deber ser*. La esencia del Derecho privado consiste, no tanto en que se deje a la iniciativa de las partes, cuanto en que *no pueda menos de resultar hecho por éllas*. Pero entonces —sigue Lois, y esto es lo verdaderamente importante— el Derecho privado existe en la realidad social antes y con independencia de las previsiones legislativas. Por tanto, aun cuando falte la norma pública sustitutiva, no falta el Derecho, que está informando y conformando la relación jurídica, y, en consecuencia, no cabrá negar que ese Derecho latente en las instituciones privadas pueda ser investigado y descubierto mediante los métodos de indagación social oportunos. Frente a este modo de ser, el *Derecho público* representa *los proyectos hacia la perfectibilidad*, las tentativas de optimización practicable, la invención e ingerencia.

En resumen: mucho más que consejos a principiantes es posible encontrar en este libro. Las sugerencias sembradas en él son innumerables y sugestivas. Sólo la lectura directa del texto puede ponerlas de manifiesto. Sin embargo, no resisto a la tentación de recoger algunas llamativas frases en una especie de antología. He aquí una muestra:

“...En nuestra sociedad de masas, que casi no considera como pecado otra cosa que el culto a la personalidad, se están creando las condiciones más propicias para que se imponga, poco menos que a escala mundial, las más aterradoras formas de tiranía que podamos representarnos ni en el delirio. Con recursos técnicos que hacen casi omnipotente el empeño humano, el centro supremo del poder, próximo a saberlo todo, a estar en todas partes como denominador irresistible, constituye la máxima energía que hemos creado, pues controla las otras, y las más peligrosa también, por su labilidad y su propensión a desmandarse. ¿es, pues, sensato que semejante carga explosiva, como la bola de una ruleta mortal, gire entregada a oscuros azares?... (pág. 38).

“...A despecho de todo los fetichismos legalistas, empeñados en ignorar en el Ordenamiento cuanto no sea norma positiva, la dura realidad que palpamos continuamente quienes tenemos que vernoslas con el Derecho es que no cuentan a la postre los inertes dictados de la ley, sino las reacciones emocionales y los prejuicios de los órganos que deben aplicarla. Una norma, en rigor, no es otra cosa que la estadística de lo que se hace con ella, no lo que aparentemente dice. Por eso el Derecho depende más del número de buenos funcionarios que de las buenas leyes...” (página 50).

“...Que la mente es el instrumento menos fácil de manejar que tenemos a nuestro alcance, se demuestra sólo con argüir cómo el hombre tardó más de un millón de años en aprender el uso científico del pensamiento. Hoy mismo, la última diferencia entre los pueblos subdesarrollados y los pueblos progresivos no se cifra tanto en los efectos económicos como en los factores intelectuales...” (pág. 67).

“...Si el idioma constituye un don inapreciable como medio de comunicación y de conducción de hombres, es aún mucho más importante cuan-

do funciona como arma para que cada uno pueda fiscalizar la coherencia y precisión del propio pensamiento y, sobre todo, para fiscalizar socialmente, mediante el leguaje impersonalizado que se construye en cada Ciencia, el grado de incertidumbre inherente al expectador individual. Pues, en el fondo, una Ciencia no es otra cosa que un *leguaje inmune a los efectos de los cambios de observador por buscar las descripciones invariantes de los fenómenos...*" (pág. 69).

Por Francisco LUCES GIL

**PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo: "Derecho procesal civil".**

**I. Conceptos generales. Procesos declarativos. Recursos. II. Procesos sumarios especiales. Ejecución singular.** Madrid, 1973. Editorial Técnicos. Dos volúmenes de 259 y 243 págs., respectivamente.

El profesorado docente universitario español se va dando cuenta, tanto por su madurez como por su experiencia, de la necesidad de instrumentos de trabajo y estudio al estilo de "manuales" breves y compendiados acerca de las instituciones de la disciplina que cultivan con objeto de facilitar al alumno su tarea de compresión y retención. Esta labor esforzada, de fundamento y síntesis de una asignatura, requiere una gran labor previa del docente, que se logra cumplidamente después de haber alcanzado monográficamente la mayor parte de la asignatura, tal como ocurre ahora con esta obra del ilustre maestro del Derecho procesal.

La obra, dividida en dos tomos, acomete el primero los conceptos generales sobre el proceso y el Derecho procesal civil, cuyo título primero abarca sus fines y objetos, para pasar a un segundo donde se examinan sus fuentes y su formación.

El sistema del Derecho procesal civil comprende el estudio de los sujetos del proceso, su capacidad jurídica y procesal, la legitimación, el litisconsorcio y la postulación procesal. En cuanto al objeto, su determinación, singularidad y pluralidad y el aumento del objeto mediante reconvención.

El título tercero describe el procedimiento en el proceso declarativo, sus principios y formas, los actos procesales y los de las partes, la demanda y las pruebas. Además, los actos del órgano jurisdiccional, los actos del juez y su sentencia.

El título cuarto comprende la iniciación, el desarrollo y la terminación del proceso, para pasar en el título quinto a las especialidades procedimentales de los tipos de procesos declarativos. En el sexto se tratan los recursos (devolutivos y no devolutivos), el recurso de apelación y el recurso de casación para concluir con los recursos sobre cosa juzgada y el de nulidad de actuaciones.

El tomo segundo abarca los procesos sumarios y especiales: los procesos arrendaticios, el de retracto legal, el sumario ejecutivo (documental y cambiario), el especial en negocios de comercio, el proceso para la im-

pugnación de acuerdos sociales de las compañías anónimas, el de seguros, el de responsabilidad civil de funcionarios, los procesos con objetos pertenecientes a derechos reales y a la propiedad industrial, el del interdicto de retener y recobrar, los interdictos de obra nueva y obra ruinosa, el procedimiento para la protección de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, las cuestiones sobre censos en Cataluña, las cuestiones sobre foros y análogos, los procesos sobre la propiedad industrial, los relativos a cuestiones sobre la propiedad horizontal, los procesos con objeto del derecho de familia y sucesiones, procesos sobre el estado civil y condición de las personas, así como el interdicto de adquirir los bienes hereditarios.

Además, se recogen los procesos en materia de trabajo, las cuestiones incidentales y el recurso de audiencia del rebelde. En título aparte, aparecen los medios de prevención y sustitución del proceso civil, el acto de conciliación, los arbitrajes de derecho privado y las cláusulas compromisorias.

Especial atención merece el proceso de ejecución singular la ejecución forzosa, las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. También se aborda la ejecución por obligaciones de hacer, omitir y dar cosas determinadas, por obligaciones sobre el pago de dinero, en especial las ejecuciones hipotecarias y de la prenda sin desplazamiento de posesión, de la garantía hipotecaria común, las en favor de sociedades de crédito y territorial (Banco Hipotecario de España y de la hipoteca naval).

Por último, la oposición en el proceso de ejecución y la concurrencia de acreedores al mismo, la oposición del deudor, de los terceros o tercerías, del dominio y la concurrencia de acreedor preferente o tercería de mejor derecho, completan este volumen.

Una guía legislativa y de doctrina legal complementan esta labor de síntesis a través de todo el texto, así como una guía bibliográfica para ampliación de los temas aquí tratados.

José BONET CORREA

**TARELLO, Giovanni: "La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive". Edizioni Culturali Internazionali, Génova, s. f., pero 1973, 186 págs.**

La presente obra ha visto la luz como consecuencia del desarrollo por parte del profesor Tarello de un curso monográfico sobre "La propiedad en el Derecho italiano", a lo largo del curso 1972-73, en la Universidad de Génova. Ello explica la especial estructura de la obra (pues se analiza el instituto de la propiedad privada únicamente desde el *prima constitucional*) en cuanto que, dirigida a los estudiantes universitarios, pretende cumplir simplemente una finalidad de integración del libro de texto propiamente dicho: la conocida monografía de Natoli ("La proprietà.

Appunti delle lezioni", Milano, Giuffrè, 1965), en la que el tema se desarrolla desde una perspectiva más general.

Precisamente nos ha parecido interesante reseñar la presente publicación porque, en cuanto nos consta, representa uno de los primeros intentos de subrayar, a nivel de manual universitario y desde una perspectiva monográfica, la importancia del estudio de la normativa constitucional sobre la propiedad privada, analizada tradicionalmente desde un punto de vista exclusivamente "iusprivatista" impuesto por razones de diversa índole de todos conocidas.

De aquí que nos hayamos decidido a comentar la obra, a pesar de conocer —por propia confesión del autor— su carácter provisional y la finalidad primaria que persigue: favorecer el estudio de los alumnos matriculados en el curso monográfico antecitado.

Tras unas breves páginas de *Introducción*, en las que el autor resalta que la relevancia dada a la normativa constitucional en un curso de Derecho civil es consecuencia de la característica rigidez de la Constitución italiana, que obliga, pues, al legislador ordinario a seguir las directrices marcadas en ella; el libro se desarrolla en tres capítulos. En ellos se analizan, sucesivamente, el significado de la regulación de la propiedad según los preceptos constitucionales; la legislación ordinaria consecuente con éstos y, finalmente, la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* en materia de propiedad.

Respecto al primero de los puntos mencionados, es decir, la regulación constitucional de la propiedad, el autor lleva a cabo una labor exegética de los preceptos que, más o menos directamente, permiten determinar cuál fuere la posición adoptada por la Asamblea constituyente respecto al instituto. Naturalmente encabeza dicha exégesis el comentario del artículo 42 de la Constitución, siendo completada con el análisis de los artículos 44 (referente en concreto a la propiedad de fondos rústicos); 47 (tendente a canalizar el ahorro popular hacia la propiedad de la vivienda, la del cultivador directo y a la inversión en acciones); 43 (según el cual, podrán ser objeto de expropiación, salva siempre la indemnización, las empresas que teniendo por objeto servicios públicos esenciales, fuentes de energía o situaciones de monopolio, tengan carácter de preminente interés general) y algunos otros que se traen a colación, pero subrayándose en todo caso su indirecta incidencia en materia de propiedad (vid. al respecto págs. 66 y ss.), en cuanto se señalan por la doctrina como principios que constituyen expresiones más o menos inmediatas de la *función social* de la propiedad, reconocida en el artículo 42.

Como hemos afirmado antes, es precisamente el comentario de este precepto el de mayor extensión, ya que es el que afronta de una manera directa la regulación de la propiedad privada. El autor, poniendo ante todo de manifiesto que la ausencia de definición legal de la propiedad puede ser entendida ya como aceptación por parte de la Asamblea constituyente de una realidad —jurídica, claro es— preexistente, ya como una remisión del legislador ordinario en el futuro, resalta las dificultades de interpretación originadas por la redacción del precepto, individuali-

zando cada uno de los puntos controvertidos y haciendo especial hincapié en el parágrafo segundo (*La proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*) que, según Tarello, admite seis "lecturas" diferentes como consecuencia del carácter de solución de compromiso, fruto de las divergentes posiciones ideológicas encontradas en el seno de la Asamblea constituyente.

En efecto, el carácter compromisorio del precepto constitucional referente a la propiedad privada, como solución intermedia entre las aspiraciones de grupos políticos de tendencia diversa, se relevó ya con fuerza especial en la Asamblea constituyente de la *Constitución de Weimar* y, posteriormente, en todos los documentos constitucionales inspirados en ella, entre los cuales se encuentra, sin lugar a dudas, la Constitución italiana (al respecto, subraya Tarello —en nota 3, pág. 22— que "no pocos miembros de la Constituyente, y particularmente algunos juristas, como C. MORTATI, tuvieron presentes las formulaciones de la Constitución de Weimar en la elaboración de los preceptos de la Constitución italiana").

En el segundo capítulo pone de relieve el autor las diferentes intervenciones en materia de propiedad privada que, a su entender, el legislador ordinario ha llevado a cabo en cumplimiento de los preceptos constitucionales a que antes nos hemos referido. Intervenciones que se concretan en la normativa acerca de la propiedad agraria (*legge Sila, legge stralcio*, ley regional de Sicilia de 21 de noviembre de 1950 y normas administrativas complementarias), la energía eléctrica y en materia urbanística; conocidas normalmente como *reformas*, aunque —como afirma Tarello— se pueda dudar de tal carácter en cuanto no han significado una verdadera transformación de la estructura socioeconómica preexistente.

El libro se cierra con el estudio de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* que, en su calidad de órgano encargado de velar por la constitucionalidad de la ley ordinaria, constituye el último elemento definitorio de la disciplina jurídico-constitucional de la propiedad. El análisis se lleva a cabo dividiendo la actividad de la *Corte* en tres períodos diferentes (1958 al 64, 1965 al 68 y 1968 al 73), de los que se pueden señalar como rasgos característicos los siguientes:

Consideración, a lo largo del primer período, de la *garantía* de la propiedad como principio general con fuerza expansiva que prevalece en todo caso sobre el de la *reserva de ley*, de tal manera que la legislación ordinaria en cuestión se ha de considerar desde la perspectiva de la *imposición de límites* al propietario no especialmente autorizados por la Constitución y, en consecuencia, carentes de fuerza expansiva.

Un segundo período, que constituye claramente una etapa de transición, a lo largo del cual se van aceptando por la jurisprudencia constitucional conceptos previamente elaborados por un determinado sector doctrinal, que van a encontrar plena afirmación en los años sucesivos, fundamentalmente bajo la presidencia de Sandulli que abarca una gran parte del tercer período considerado por el autor. (Aunque Tarello no

haga especial mención de ello, dado el carácter de la obra, se está refiriendo, sin duda, a la introducción en Italia por el profesor Sandulli del concepto de *espropiazione meramente ablativa* —contraponiéndola a la *propria*, en la que hay transferencia de titularidad—, siguiendo la distinción de la doctrina alemana entre *Aufopfernenteignung* y *Enteignung im Klassischen Sinne*. Cfr. Sandulli, "Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici", en Riv. trim. dir. proc. civ., 1961, págs. 809 y ss.).

Tal tendencia se cristaliza, pues, en la necesidad de respeto por parte del legislador ordinario del *contenido mínimo* del derecho de propiedad, de tal forma que cualquier imposición o limitación que incida sobre el uso y goce de un bien, más allá de lo que es *connatural al derecho dominical*, tal como es reconocido en el actual momento histórico, tendrá carácter expropiatorio. Expediente éste que concede una importancia estructural decisiva a la disciplina de la propiedad elaborada por la Corte, ya que ésta se reserva a sí misma un *sancta sanctorum* cerrado a cualquier otra interpretación posible: la determinación de la *connaturalidad* al concepto de propiedad de cualquier *vínculo* o *limitación* impuesto al Derecho dominical por la legislación ordinaria.

Como ya hemos afirmado, la obra tiene una clara finalidad didáctica, y no nos cabe duda al respecto de que sus frutos habrán sido altamente satisfactorios. Pero sería injusto omitir que la sistemática adoptada nos parece realmente idónea frente a la problemática planteada por la efectividad de los principios contenidos en las Constituciones modernas respecto a la propiedad privada y, en consecuencia, esperamos que el ulterior desarrollo y profundización del tema, en la mente del autor, sufra la menor dilación posible.

Carlos LASARTE

# REVISTA DE REVISTAS\*

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general.

RECSENS SICHES, Luis: *La concepción tridimensional del derecho*. RDN, número LXXI, enero-marzo 1971, págs. 152.

Después de señalar que esta concepción del derecho tiene muchos y variados antecedentes, pasa a estudiar los principales autores que en los diversos países la sustentan.

En Alemania, autores como Rickert, Windelband, Lask, Muench y sobre todos Radbruch.

En Italia desde Vanni a Giorgio del Vecchio, Bobbio Lunia y Dino Pansini, así como Bagolini.

En Francia, con sus principales mantenedores, Lamand y Michel Virally.

En Estados Unidos, Julius Stone, australiano, pero profesor en Harvard, el profesor de Indiana, Jerome Hall y Josef L. Kunz, fervoroso discípulo de Kelsen.

En los países ibéricos, Legaz Lacambra y, nada más que en alguna medida, el argentino Carlos Cossio. También el portugués Luis Cabral de Moncada.

Sin embargo, para el profesor Recasens, ninguno ha alcanzado la importancia de Miguel Reale, que ha llegado a la mayor maduración y al desarrollo más rigorista.

Concluye aceptando la tridimensionalidad del Derecho, si bien como la entiende Reale, pero con algunos condicionamientos.

A. R.

### 2. Derecho de la persona.

ALSCHER: *Willensmängel bei Kollegialem Verwaltungshandeln*. NJW. 1972, págs. 800.

Se distingue en este artículo entre órganos unipersonales y colegiados. Se analiza si las reglas dictadas para regular los vicios de voluntad en los primeros son o no aplicables a los segundos.

Se advierte que los novenos del BGB no son aplicables.

Se pregunta si el vicio de voluntad juega algún papel en los actos administrativos (Verwaltungsakt).

Se analizan algunos vicios.

S.

---

(\*) A cargo de José Ramón ANTON RIESCO, Carlos ROGEL VILLE y César SEMPERE.

GONZÁLEZ DÍAZ-LLANOS, Antonio Ezequiel: *De la libertad a la autonomía de las personas colectivas*. RDN, núm. LXXII, abril-junio 1971, págs. 67 y ss.

Partiendo de que en nuestra época es inconcebible hablar de libertad, pensando en las personalidades colectivas, ya que éstas cuentan con la noción de autonomía para designar su ámbito de actividad libre, se llega a criticar la filosofía krausista. Son manifestaciones fundamentales de la autonomía, la autoadministración y la autonormación. La primera consiste en el poder de darse a sí mismo un estatuto, o sea, determinar su propia voluntad. La autonormación hace referencia a un segundo momento externo, dedicado a la reglamentación de la conducta de los individuos más directamente relacionados con la colectividad.

Sienta después la afirmación de que la autonomía normativa auténtica es incompatible con una sociedad concebida jerárquicamente "a priori".

Concluye con la afirmación de que no se puede confundir el estatismo con la socialización. La socialización es algo que ha de lograrse en el interior de las personas colectivas y no venir dada por la intervención externa del Estado en la organización de las colectividades.

A. R.

MÉNDEZ APENELA, Eduardo: *Evolución histórica de la emancipación en el Derecho Español*. RDN, núm. LXXII, abril-junio 1971, págs. 417.

Se estudia la materia enunciada a través de los textos legales de nuestro Derecho, pero haciendo principal hincapié en dos de ellos, que, como señala el autor, han sido de importancia decisiva: el Proyecto de García Goyena de 1851 y el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888. Iniciado el estudio con el Derecho romano clásico, continúa la visión panorámica a través del Derecho visigodo, con especial mención de la Fórmula XXXIV, que a su juicio es decisiva para reconstruir la forma y significación de la institución de este Derecho.

Requiere especial atención la figura en las Partidas, especialmente la cuarta y sexta, pasando después a las leyes de Toro 47 y 48, Ley de Matrimonio civil de 1870 y Ley de Registro Civil de la misma época.

Detiene especialmente su estudio en el Derecho anterior al Código, con especial significado en los dos textos antes mencionados y finalmente concluye la versión del autor con la emancipación en la actualidad, en especial la figura creada por la Ley de 24 de abril de 1958, en su artículo 168, o emancipación por concesión judicial.

(A. R.)

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: *Sobre la unilateralidad del poder*. RDN, número LXXI, enero-marzo 1971, págs. 137 y sigs.

A juicio del autor la unilateralidad puede ser referida a uno de estos cuatro aspectos: unilateralidad formal, volitiva, de interés y sustantiva o de contenido.

La aceptación del apoderado juega en el negocio un papel al menos tan esencial como la del poderdante mismo.

Señala la posibilidad de entender la unilateralidad en el sentido de que el apoderado que recibe un apoderamiento con una serie de facultades puede aceptarlas o no, pero desde luego lo que no puede hacer es aceptarlas con modificaciones o condicionamientos.

Deduce, finalmente, algunas consecuencias prácticas, tales como, que la aceptación por el apoderado, que siempre debe existir, puede que trascienda de lo tácito y llegue a manifestarse de forma expresa, la posibilidad de revocación del poder por el poderdante, aun cuando la aceptación del apoderado conste documentalmente, incluso en la propia escritura del poder.

(A. R.)

TURNATURI, Egido: *Sacrificio económico del debitore o risoluzione per eccessiva onerosità*. RTDP. Año XXVII, núm. 1, marzo 1973, pág. 125 a 163.

Estudio de las distintas soluciones arbitradas por la doctrina en relación con los problemas que plantea el instituto de la resolución por excesiva onerosidad, regulado en los artículos 1.467 a 1.469 del Código civil italiano, a saber: concepto de excesiva onerosidad, parámetro al que referir la valoración de la misma, posibilidad de que ésta se produzca como consecuencia indirecta de la pérdida de valor de la contraprestación correlativa y relevancia, en dicho punto, de la devaluación monetaria.

(R. V.)

WIESER, Eberhard: *Der Kalkulationsirrtum*. NJW. Año XXV, 1972, páginas 708-711.

El autor sostiene, frente a la opinión dominante, que el error de cálculo interno también puede ser atendible, mientras que de otro lado no todo error de cálculo externo, tiene que ser tomado en cuenta.

### 3. Derechos reales.

AUST: *Entschädigung eines durch öffentliche Maßnahmen betroffenen Gewerbebetriebes*. NJW, 1972, págs. 750 y ss.

Se analizan los problemas jurídicos que presenta la expropiación de fincas edificadas cuando éstos son utilizados con fines comerciales.

Se analiza la dificultad de determinar objetivamente esta indemnización por daños, contemplándose a estos efectos dos supuestos:

— Caso de que el comerciante quiera y pueda trasladar su negocio, ¿cuáles son los índices para calcular la indemnización?

- Caso de que el comerciante no pueda trasladarse a otro lugar y tenga que deshacerse del negocio, ¿cuáles son los índices para calcular la indemnización?

S.

GABERDIEL: *Nängel bei der begiendung von Wohnungseigentum*. NJW, 1972, página 847.

Se analiza la problemática de la constitución de la propiedad horizontal a partir de los conceptos de propiedad (Sondercigentam) y copropiedad (Miteigentam).

Se estudian los vicios o defectos en la constitución de la propiedad horizontal y todo ello con un fin esencialmente práctico, cual es el de analizar los defectos de constitución de la propiedad horizontal que ha sido inscrita en el Registro de la Propiedad. Se analiza también la propiedad horizontal de hecho.

S.

RESCIGNO, Pietro: *Per uno studio sulla propietá*. RDDC, año XVIII, núm. 1, enero febrero 1972, págs. 1-67.

Artículo que por la variedad de cuestiones que trata deja traslucir el que fue concebido como introducción de una obra colectiva sobre el tema de la propiedad. En él se recogen una serie de consideraciones generales en torno a la propiedad de muy variada índole.

TIEDTKE: *Pfändungspfandrecht an einer nach Pfändung wiedererworbenen For-derueng?* NJW, 1972, pág. 746.

Se trata de analizar comparativamente el embargo de cosas ajena y el embargo de derechos ajenos, con el fin de determinar si en ambos casos pesa sobre el titular aparente que adquiere, con posterioridad al embargo, la cosa o el derecho, un Ptändungsptandrecht.

Con objeto de realizar este análisis se toman dos opiniones contrapuestas:

- El R. G. opina que cuando se embargue una cosa que pertenece a otro, nace un Ptändungsptandrecht sobre la cosa en el momento en que ésta es adquirida por el embargado. Esta solución es aplicada también al caso del embargo de pretensiones, así, por ejemplo, acreedor que embarga un crédito que tiene su deudor contra un tercero y que en el momento del embargo éste ha cedido a otro acreedor, adquiriéndolo posteriormente de nuevo.
- El B. G. H. opina que en el caso del embargo de pretensiones, la ce-

sión del crédito deja sin contenido el embargo, que no habrá de tener efectos posteriores.

S.

#### 4. Obligaciones y contratos.

BUCHER, Ewald: *Mieterhöhung für nicht preisgebundenen Wohnraum*. NJW, 1972, págs. 670 y ss.

Contestación a un artículo de Schmidt-Futterer impreso en NJW 72, 86. Bucher discrepa de la opinión del anterior, que entiende que, en materia de derecho de arrendamientos (comentando la ley alemana), "el arrendador está obligado a hacer constar, en el escrito *en el que exige un precio superior al que ha venido percibiendo hasta ahora*, casos similares de arrendamientos en los que se pide el precio que él exige".

Bucher estima innecesario citar casos similares, y opina que de entenderlo necesario, la ley lo habría dicho expresamente, cosa que no hace. Además, y también en desacuerdo con Schmidt-Futterer, opina que aún pactando la necesidad de señalar casos similares, el arrendatario puede siempre renunciar este derecho, dando eficacia así a aquellas subidas del precio en que no se citen, o se citen mal, dichos casos similares.

BRÜCKNER, Noack: *Wertermittlung von Grundstücken*. NJW, 1972, páginas 804 y ss.

Se trata de saber en qué forma resulta afectado el precio de mercado de un inmueble en atención a los depechos y a las cargas que graviten sobre el mismo.

Para resolver los problemas se ha dictado por el ministro de Economía y Finanzas una orden, cuyo contenido se analiza en este artículo, y que viene a completar y aclarar las líneas directrices sobre la materia de 11-7-1966 y 7-8-1961.

S.

CONSTANTINO, Michele: *Regole di gioco e tutela del piú debole nell' approvazione del programma contrattuale*. RDDC., 1972, págs. 68-97.

El proceso de formación del contrato se contempla como un "juego de estrategia", según el sentido que a este término le atribuye la teoría de los juegos, que desarrolló von Neuman en 1928, y de la que, entiende el autor, se puede hacer uso en el campo del Derecho.

En los llamados "juegos de estrategia", el resultado depende de las decisiones que han de tomar durante el mismo los que participan en él, y la

teoría tiende a explicar el modo de establecer una estrategia óptima para cada partícipe en el juego.

Bajo este aspecto se contempla el problema de la tutela del más débil, planteada de modo diverso según sea el proceso de formación del contrato, teniendo en cuenta las peculiaridades de las condiciones generales de la contratación.

REINICKE: *Die Zweckenfremde Aufrechung*. NJW, 1972, págs. 793 y ss.

Se trata de analizar la naturaleza y el sentido que tiene la figura de la compensación y cómo juega ésta en la práctica.

Para ello se toma un ejemplo: A embarga un crédito que su deudor B tiene contra C. C paga a B, y cuando A reclama a C, éste la abona en compensación un crédito que tenía contra B. Se pregunta el autor la justicia de una decisión del B. G. H. admitiendo esta compensación.

Para dar una contestación a esta pregunta se analiza: I) La compensación. II) el embargo.

S.

##### 5. DERECHO DE FAMILIA

MÉNDEZ APENELA, Eduardo: *La compraventa con precio aplazado y la sociedad de gananciales*. RDN., núm. LXXI, enero-marzo 1971, págs. 97 y ss.

Manifiesta el autor que el pago del precio aplazado en las compraventas ha existido siempre, pero nunca con las dimensiones que en la actualidad.

Se detiene principalmente en el estudio de las tesis de Borrachero, Lacruz Berdejo y De la Cámara Alvarez, aludiendo de pasada a las J. L. Mezquita y Sanz Fernández. Examina a continuación las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y concluye con el examen de las siguientes figuras:

1. Interferencia de masas patrimoniales en el pago del precio aplazado.
2. La compraventa con precio aplazado anterior al matrimonio.
3. La compraventa con precio aplazado en la liquidación de la sociedad de gananciales.

A. R.

TORRES PUENTE, José Manuel: *Donación de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles*. RDN., núm. LXXI, enero-marzo 1971, págs. 289 y ss.

Partiendo de la reforma llevada a cabo por el Código Civil, en la ley de 24 de abril de 1958, y exponiendo al principio del trabajo la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 6 de octubre de 1966, el autor sienta en la primera parte las siguientes conclusiones. 1.<sup>a</sup> La regla

general de las donaciones de esta clase de bienes es esta contenida en el artículo 1.413, siendo excepciones el 1.343, 1.409 y 1.415. 2.<sup>a</sup> La donación ha

de ser realizada por el marido, que es quien dona con consentimiento de su esposa. 3.<sup>a</sup> En defecto de este consentimiento, se acudirá a la supletoria autorización judicial.

El autor se esfuerza en demostrar el criterio contrario a la Dirección General, en el supuesto de que la mujer esté incapacitada, pues mientras el órgano directivo sostiene la tesis de que corresponde al organismo tutelar, el autor mantiene la teoría de que la sustitución del consentimiento *uxoris* debe verificarse por el órgano judicial correspondiente, previa intervención y audiencia del ministerio fiscal.

A. R.

## II. DERECHO MERCANTIL

### 2. Comerciantes y sociedades.

FÉLIX: *Zur Entziehung des Sonderrechts eines Kommanditisten auf Mitarbeit.*  
NJW, 1972, pág. 853.

Se trata de analizar la función de los derechos especiales que puedan otorgársele a un socio comanditario.

La posibilidad de privación a un socio comanditario de estos derechos es distinta según cual sea el objeto de los mismos (colaboración, reparto de beneficios).

En referencia con este tema, se elude a la diferencia entre sociedades capitalistas y sociedades personalistas.

S.

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: *Ventajas e inconvenientes de las inversiones extranjeras en sociedades españolas.* RDN, núm. LXXI, enero-marzo 1971, págs. 7 y ss.

Es la conferencia dada por el autor en el Colegio Notarial el 26 de abril de 1971.

Después de señalar las ventajas de las inversiones extranjeras, tales como la obtención de dinero para la economía nacional, la creación de puestos de trabajo, el posible incremento de nuestras exportaciones, aplicación de nuevas técnicas de fabricación, etc., apunta el autor la otra cara de la moneda entre las que se encuentran, entre otras, la desinversión del capital, la pérdida del dominio de la economía, con la consiguiente dirección técnica de las empresas por manos extranjeras, para terminar finalmente con las presiones políticas y las posibles reacciones xenófobas.

Estudio después los estímulos y remedios, ampliando el contenido de algunos de los capítulos de su obra, "La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras". Madrid, 1969.

Finalmente, concluye su estudio con las interpretaciones posibles y previstas en el Decreto de 24 de diciembre de 1959.

También sienta como conclusiones la necesidad de una sistematización, institucionalización y retoque de la materia para lograr su equilibrio.

A. R.

## V. DERECHO PROCESAL

### 2. Parte general.

PISANI, Mario: *Testimonianza e segreti*. *RTDP*, año XXVII, núm. 1, páginas 37 a 90.

Considerando el carácter constitucional que pueda alcanzar al conflicto entre el derecho a guardar secreto y el deber de prestar testimonio. Pisani estudia, bajo esta perspectiva, los secretos contemplados en los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal Italiano (secreto de los ministros del culto, de los abogados, de los procuradores, de los notarios...), para finalizar con una serie de consideraciones "de iure condendo".

R. V.

---

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

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba. Argentina).

BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

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

- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).  
REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).  
REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.  
REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).  
REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).  
RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).  
RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).  
RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).  
RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.  
RFL = Revista del Foro (Lima).  
RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).  
RGD = Revista General de Derecho (Valencia).  
RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).  
RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).  
RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).  
RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).  
RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).  
RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).  
RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).  
RISG = Rivista Italiana per la 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 (Bolonia).  
RLJ = Revista de Legislaçao e Jurisprudência (Coimbra).  
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).  
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).  
RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).  
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).  
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).  
RS = Rivista delle Societá (Milán).  
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commerciel (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 = Svensti Juristtdning (Estocolmo).  
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).  
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).  
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO Y ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

**RECURSO GUBERNATIVO.—EL RECURSO GUBERNATIVO SÓLO PROcede CONTRA NOTA POR LA QUE SUSPENDE O DENIEGUE EL ASIENTO SOLICITADO Y NO ES APLICABLE A LOS CASOS EN QUE LOS TÍTULOS CAUSARON SUS RESPECTIVOS ASIENTOS QUE ESTÁN BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES, SIN PERJUICIO DE QUE LOS INTERESADOS PUEDAN CONTENDER ENTRE SÍ SOBRE LA VALIDAD O NULIDAD LOS DOCUMENTOS O DE LAS OBLIGACIONES QUE LOS MOTIVARÓN, PARA DETRMINAR LA PREFERENCIA DE UNOS TÍTULOS SOBRE OTROS. (Resolución de 17 de diciembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 5 de febrero de 1972.)**

*Hchos.*—Resultando que la Sociedad de San Francisco de Sales —Congregación Salesiana— adquirió en 1908, a través de personas interpuestas, por donación de la familia Rojas Moreno, un terreno, luego permutado por otro, ambos sitos en Alicante, para edificar sobre el último un Colegio destinado a la enseñanza gratuita conforme a la doctrina católica; que posteriormente al amparo de la Ley de 11 de julio de 1941 se siguió procedimiento para poner la titularidad a nombre de su verdadero dueño —la Congregación Salesiana—, dictándose sentencia que así lo ordenaba y en la que se afirmaba que “no constan gravámenes”, aunque en la inscripción primera figuraban determinadas condiciones establecidas para asegurar el destino señalado a la finca donada; que al extenderse el correspondiente asiento —inscripción 2.<sup>a</sup> de la finca mencionada—, quizá por entender que así se daba cumplimiento al mandato judicial que expresaba no existían gravámenes, desapareción del Registro las condiciones señaladas existentes sobre el inmueble; que el 25 de octubre de 1969, los herederos de los primitivos titulares solicitaron del Registrador, al amparo del artículo 321 del Reglamento Hipotecario o, en su defecto, el 329, la rectificación del asiento correspondiente para que volvieran a figurar en el Registro las condiciones canceladas; que denegada la pretención fue interpuesto recurso gubernativo y el Centro Directivo, en resolución de 11 de noviembre de 1970, lo desestimó, por entender que la cuestión planteada era ajena a su competencia, sin perjuicio de que los interesados acudieran a los Tribunales, si lo estimaban conveniente, para resolverla; que promovida en juicio declarativo demanda para la rectificación registral, en virtud de mandamiento judicial presentado el 28 de octubre de 1970, fue anotada en el Registro el 30 de diciembre del mismo año, por haber sido presentado dentro del plazo de sesenta días que establece el artículo 66 de la Ley Hipotecaria; que con anterioridad y por escritura de compraventa de 8 de mayo de 1969, Construcciones San Martín, S. A., había adquirido a la Congregación Salesiana, libre de cargas y arrendamiento, la propiedad indivisa de 81.753

milésimas por 100 del repetido terreno, sito en Alicante, frente a las calles Urbano, O'Donnell y Prim, hoy San Juan Bosco, Tucumán y Ferrer Vidiella, con una extensión superficial de 3.994 metros con 50 decímetros cuadrados, según título y 3.114 metros con 85 decímetros cuadrados, según reciente medición, dentro de cuya finca existe un edificio destinado a Colegio; que la primera copia de esta escritura se presentó en la Abogacía del Estado para la liquidación del impuesto y una vez cumplido este trámite, el 12 de noviembre de 1969, en el Registro de la Propiedad, extendiéndose el correspondiente asiento de presentación, y su correspondiente prórroga, con indicación marginal de la existencia del recurso gubernativo planteado, ya que con anterioridad a esta fecha, figuraba en el Registro el asiento de presentación de la solicitud de 25 de octubre de 1969 y las correspondientes notas referentes al recurso gubernativo a que dio lugar;

Resultando que la escritura de compraventa aludida a favor de Construcciones San Martín, S. A., fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Inscrito este documento en el Registro de la Propiedad de Alicante en el tomo 162 general, libro 426 del Ayuntamiento de Alicante, sección-folio 185, finca 19.806 inscripción 4.<sup>a</sup>-Alicante, a 5 de enero de 1971";

Resultando que el Procurador don Eladio Sin Cebriá, en nombre de Construcciones San Martín, S. A., interpuso recurso gubernativo contra la decisión del Registrador por anotar la demanda interpuesta contra la Congregación Salesiana con prioridad a la escritura de compraventa de su representado, y alegó: que los artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria consagran el principio de prioridad que otorga preferente derecho a quien primero acude al Registro, aunque su título sea de fecha posterior; que la escritura de compraventa de 8 de mayo de 1969 se presentó en el Registro el 12 de noviembre del mismo año, por consiguiente, mucho antes de que lo fuera el mandamiento que dio lugar a la anotación de 30 de diciembre de 1970; que, según el último párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, la rectificación de errores no puede perjudicar al tercero de buena fe que adquiere algún derecho a título oneroso durante la vigencia del asiento que se declare inexacto; que conforme al artículo 220 de la misma disposición, el concepto rectificado no surtirá efecto en ningún caso, sino desde la fecha de la rectificación; que sin negar efectos registrales a la anotación de demanda, ésta no puede afectar a quien ostenta la condición de tercero; que lo dispuesto en los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria impide que el derecho adquirido por el comprador pueda ser perjudicado por condiciones, modos o derechos reales limitativos que no constaban en el Registro al tiempo de su adquisición y cuya inscripción se pretendió por el cauce inadecuado de la rectificación registral y la vía no menos equivocada del recurso gubernativo posteriormente formulado; que al declarar la Dirección General que el recurso gubernativo planteado por los sucesores de los primitivos dueños de la finca objeto del mismo no era procedente por ser la cuestión planteada ajena a la competencia del Centro Directivo, los efectos de la anotación de dicho recurso no pueden ir más allá del resultado final de éste; que, por ello, el asiento de presentación de la compraventa, suspendido hasta la resolución del recurso, según reza la nota marginal puesta al mismo, debió transformarse automáticamente en inscripción

una vez transcurrido el plazo de vigencia de dicho asiento, y que como principales fundamentos de derecho invoca el artículo 1 de la Ley Hipotecaria y los inicialmente alegados 117, 24 y 25 del mismo texto legal;

Resultando que el Registrador informó que el recurso planteado no se promueve contra la calificación de un título al que se haya negado acceso al Registro, sino contra asientos ya practicados que están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 119 del Reglamento Hipotecario, es improcedente su admisión;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por la razón alegada por dicho funcionario, y el recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos:

*Doctrina.*—“Considerando que, extendida en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de demanda en virtud de mandamiento, cuya presentación se había realizado con posterioridad a la de una escritura de compraventa de la misma finca, por estimar el Registrador que era aplicable el artículo 66, párrafos 2.º y 3.º de la Ley Hipotecaria —a causa de un título presentado antes con contenido en gran parte coincidente con el de la demanda, y cuya inscripción se había denegado, habiéndose entablado recurso contra dicha denegación—, se interpone el presente recurso gubernativo solicitando se declare que la citada escritura de compraventa otorgada a favor de la entidad recurrente debió ser inscrita con preferencia al mandamiento y, consiguientemente, se ordene al Registrador la práctica de los asientos de cancelación, rectificación e inscripciones necesarias para que tales títulos queden inscritos en el orden pretendido.”

“Considerando que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria y conforme a reiterada doctrina de este Centro directivo, mantenida, entre otras, en las Resoluciones citadas en los Vistos, el recurso gubernativo sólo procede contra la nota calificadora por la que se deniegue o suspenda el asiento o asientos solicitados y no es aplicable a aquellos casos en que los títulos causaron ya sus respectivos asientos, porque éstos, una vez practicados, están, según dispone el artículo 1.º, párrafo 3.º, de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos, mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley, sin que por ello puedan rectificarse por los trámites de un recurso gubernativo.”

“Considerando que los interesados que se consideren perjudicados por los asientos practicados, pueden acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar y contener entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos o de las obligaciones que los motivaron o, en fin, acerca de la preferencia de unos títulos respecto a otros.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador.”

#### *Consideraciones críticas*

Todo el gran resorte que la publicidad registral lleva consigo se debe no sólo a los instrumentos técnicos que la facilitan, sino al principio de que los

asientos que se practican en el Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales y sólo se podrán alterar cuando dichos Tribunales declaren su inexactitud. Mientras ello no suceda, producen todos sus efectos con arreglo a las normas legales.

En dos grandes esferas se mueve, por así decirlo, la garantía que el cumplimiento de la legalidad impone. Bajo la idea de que en el Registro de la Propiedad sólo deben ingresar los actos que sean válidos con arreglo a las leyes, el legislador otorga una amplia función calificadora al Registrador de la Propiedad. Pero como sus decisiones pueden ser incorrectas en cuanto a la estimación de lo que debe o no inscribirse, se estructura el recurso gubernativo en el que se dilucida el acierto o el error en que ha podido incurrir el Registrador al calificar.

En la triple y obligatoria decisión en que ha de pronunciarse el Registrador —suspensión, denegación o inscripción—, lleva en este último caso a una esfera judicial distinta el problema. Si el Registrador decide que el acto es inscribible, no cabe recurso gubernativo contra su decisión. El manto protector de la Justicia ampara, desde la firma del asiento practicado, lo que el mismo publica. Para que prevalezca la inexactitud sobre el pronunciamiento del Registro es preciso demostrarlo en el juicio correspondiente y que por resolución judicial firme así se declare. Aquí no cabe recurso gubernativo, pues en el fondo lo que el Registrador ha hecho es satisfacer la petición de inscripción que se le hizo. Admitir que contra esa decisión pueda caber el recurso gubernativo, sería ofrecer a la Dirección General la posibilidad de invadir campos reservados para la jurisdicción ordinaria y eso ya quedó clarísimamente delimitado en la famosa discusión parlamentaria provocada por el señor Tormo al plantearse la reforma hipotecaria de 1909 y que magistralmente supo plasmar don Jerónimo González al precisar los caracteres, zonas y efectos en que se movían ambas doctrinas.

Realmente la esencia de todo lo que llevamos dicho está recogida en los artículos 66 y 1 de la Ley Hipotecaria y los complementarios de su Reglamento, avalados por una serie de Resoluciones que se citan en los vistos de la presente. De ahí que, en principio, sea correcta la doctrina sentada por la Dirección General en este caso. Viene a seguir su norma tradicional: extendido un asiento no cabe recurso gubernativo y sólo los Tribunales de Justicia pueden, a petición de parte, resolver las posibles anormalidades que provocan los asientos practicados.

Lo que sucede es que en el presente caso la cuestión de fondo era muy importante y dejó, por supuesto, de resolverse. Había una interpretación por parte del funcionario calificador del principio de prioridad y una arrastre de afecciones que podían discutirse como procedentes o no. La cuestión, sin embargo, no podía tener acceso al recurso gubernativo, pues fuera buena o mala la actuación del funcionario la competencia para determinarlo la ostentan los Tribunales de Justicia.

Como el caso planteado tiene relación con otra Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (R. de 11 noviembre de 1970) comentada en estas páginas, conviene hacer una pequeña alusión al problema de fondo y tratar de explicar la razón del proceder del funcionario calificador.

Los hechos relatados hacen referencia a que la Congregación Salesiana adquirió en el año 1908, y a través de persona interpuesta, por donación de la familia Rojas Moreno un terreno que fue luego permutado y sobre el cual se edificó el Colegio, destinado a enseñanza gratuita. En virtud del privilegio concedido por la Ley de 11 de julio de 1941, se trató el correspondiente expediente, para poner a nombre de la Congregación Salesiana la finca en cuestión. La sentencia firme que recayó en el procedimiento expresaba que la finca *carecía de gravámenes*, aunque en el Registro sí figuraba la existencia de condiciones para asegurar el destino señalado a la finca donada. Bien por estimación del funcionario que calificó dicho acto como documento que anulaba el pronunciamiento registral o bien por haber cometido error en el arrastre de cargas, lo cierto es que se hizo constar la titularidad sin la afección del destino que lo gravaba. Ello provocó que los herederos de la familia Rojas Moreno solicitaran en el año 1969 (25 de octubre) la rectificación, y al ser denegada por el Registrador, se planteó el recurso gubernativo que resolvió, dando la razón al Registrador, la Resolución de 11 noviembre de 1970.

Pero mientras tanto estaban ocurriendo otras cosas. Con fecha 8 de mayo de 1969 la Congregación Salesiana había enajenado, libre de cargas, una participación de la finca cuestionada a Construcciones San Martín, S. A., cuya primera copia se presenta en el Registro el 12 de noviembre de 1969.

Como los herederos de la familia Rojas Moreno habían planteado juicio declarativo para la rectificación registral, el 28 de octubre de 1970 (un poco antes de dictarse la Resolución de 11 de noviembre de 1970), presentan mandamiento judicial de anotación de demanda, la cual se practica el 30 de diciembre de 1970. Con fecha 5 de enero de 1971 se inscribe la escritura de venta a Construcciones San Martín, S. A., haciendo constar la existencia de la anotación de demanda.

El principio de calificación registral en su amplitud tiene ciertas limitaciones de medios, pues el Registrador ha de someterse a lo que resulte de los documentos presentados y de los antecedentes del Registro. El contenido del Registro es fundamental, pues de él se deducirá la posibilidad o no de inscribir o de inmatricular, de arrastrar las cargas existentes o entender que la finca carece de ellas, etc. Pero el contenido del Registro no es sólo el libro de inscripciones, sino también el Libro Diario de presentación de documentos que es la base y fundamento del principio de prioridad. La aparente simpleza del juego de fechas y el despacho cronológico de documentos por el Registrador no encierra toda la problemática del principio, pues no hay que olvidar preceptos fundamentales que siguen dando vida a los asientos de presentación y prolongan, por así decirlo, la prioridad ganada.

Aparentemente parecía tener prioridad formal la escritura por la que la Congregación Salesiana vende a Construcciones San Martín, S. A., parte de la finca cuestionada, ya que se presenta el 12 de noviembre de 1969 y el mandamiento de anotación preventiva de demanda se hace constar en el Diario con fecha 28 de octubre de 1970. Es decir, casi un año después. ¿Cómo es posible, por tanto, que se practique antes la anotación de demanda aún siendo presentada después?

El artículo clave que puede dar la solución y confirmar el acertado proceder del Registrador es el 66 de la Ley Hipotecaria por el juego simultáneo de sus dos párrafos finales. Conforme al último de ellos, si se recurre gubernativamente todos los plazos señalados antes (es decir, el de los sesenta días del asiento de presentación y la prórroga del mismo a través de la anotación de suspensión por defecto subsanable) quedan en suspenso desde el día en que se interponga el recurso hasta el de su resolución definitiva. La interpretación del artículo debe reducirse específicamente a sus límites, pues no podía admitirse que el artículo quiera decir que "en todo caso" de interponerse el recurso gubernativo ello significa suspensión de plazos, pues es claro que si el asiento de presentación tiene una duración de sesenta días y el recurso puede entablarse en el plazo de cuatro meses, conforme dispone el artículo 113 del Reglamento Hipotecario, es claro que todo aquel recurso que no se entable dentro de los días de vigencia del asiento de presentación no producirá esa suspensión. Bien claramente así lo viene a disponer el artículo 114 del Reglamento Hipotecario al ordenar la extensión de la nota de suspensión, caso de no haber transcurrido el plazo de los sesenta días que señala el artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

De los antecedentes de hecho que podemos disponer no resulta más que el 25 de octubre de 1969 se presentó instancia por los herederos de la familia Rojas a efectos de que se rectificase el Registro y que contra la calificación registral se interpuso el correspondiente recurso gubernativo. Es de suponer que la solicitud que iniciara este recurso se interpusiera antes de transcurrir los sesenta días de la duración del asiento de presentación, para así poder dar cumplimiento a lo que dispone el artículo 66, 3.<sup>º</sup>, de la Ley Hipotecaria y 114 del Reglamento. Es decir, a la prórroga o suspensión de dichos plazos mientras dure la tramitación del recurso.

Es necesario admitir este supuesto de hecho para poder justificar la actitud del Registrador, quien sobre la base de esa suspensión y atendiendo a lo que dispone el párrafo 2 del artículo 66 de la misma Ley estima que la instancia judicial que provoca el mandamiento ordenando la anotación preventiva de demanda presentado el 28 de octubre de 1970, lo está dentro de los sesenta días de duración del asiento de presentación, pues no hay que olvidar que, conforme el párrafo 3 del mismo artículo y antes visto, los plazos están en suspensión hasta tanto se resuelva el recurso, cosa que sucedió precisamente el 11 de noviembre de 1970, fecha desde la cual se comienza a contar el plazo para la práctica del asiento solicitado.

Todo ello debe entenderse así, pues de lo contrario la inscripción que se practica a favor de Construcciones San Martín, S. A., el 5 de enero de 1971, habiendo sido presentada la escritura el 12 de noviembre de 1969, está fuera del plazo que el artículo 98 concede al Registrador para la extensión de los asientos solicitados. Esta inscripción, hecha fuera de ese plazo, no tiene, según apunta acertadamente Morell y Terry, la virtualidad del efecto retroactivo y no surte efectos desde el aseinto de presentación, sino desde su propia fecha, aparte de la responsabilidad que ello puede llevar consigo al Registrador.

La razón, pues, de que esa inscripción no se practicase, es que estaba

vigente el primitivo asiento de presentación de la instancia interpuesta por los herederos de los señores Rojas a efectos de rectificación registral y que fue objeto de recurso gubernativo ante la negativa del Registrador. Ello hizo que dicho asiento y los con él relacionados —concretamente el de la compra por Construcciones San Martín, S. A.—, quedaran en suspenso de plazos hasta tanto se resolviese el recurso y como antes de resolverse ya se interpuso demanda judicial, la anotación de la misma procedía ser extendida antes que la de compra, ya que sus efectos se retrotrajeron a la fecha del asiento de presentación de la inicial solicitud de rectificación.

Entre las Resoluciones que cita el "visto" de la que comentamos (R. 8 mayo 1946, 16 junio 1948, 4 diciembre 1950, 9 agosto 1955, 14 noviembre 1959 y 2 de marzo de 1972) no figuran dos muy significativas que son las de 9 de marzo de 1942 y 31 de marzo de 1950, que justifican la decisión registral en los obstáculos surgidos del Registro, como consecuencia que del examen del mismo ha hecho previamente el Registrador. Lacruz Berdejo ha sostenido que el Registrador "no tiene obligación" de consultar otros asientos del Registro más o menos relacionados con el que se refiere a la finca objeto de inscripción, pero "puede hacerlo" y fundar en ellos su calificación, así como "puede", para una más adecuada y perfecta calificación, examinar otros documentos relativos a los mismos bienes presentados en el Registro y pendientes de despacho. Entiendo que en el caso particular que estamos examinando el Registrador *tenía obligación* de consultar los asientos relacionados con la finca, así como los asientos del Libro Diario y los documentos pendientes de inscripción, pues de ese examen es de la única forma que se puede dar cumplimiento a principio tan decisivo como el de la prioridad registral.

La cita de Resoluciones antes transcritas no se refieren al problema de fondo que el presente caso plantea y que no es objeto del recurso, sino que única y exclusivamente se concretan en el principio general que al comienzo expusimos: una vez extendido bien o mal un asiento en los libros del Registro, la publicidad que de los mismos emana queda bajo la protección de la jurisdicción ordinaria y no se podrá alterar salvo que se declare la inexactitud por los medios que las leyes de procedimiento señalan, sin perjuicio de la posible rectificación de errores en los casos que admite la Ley.

**ASIENTO DE PRESTACIÓN: CONCURRENCIA SIMUITÁNEA DE DOCUMENTOS CONTRADICTORIOS.—PRESENTADOS AL MISMO TIEMPO DOS TÍTULOS CONTRADICTORIOS Y PLANTEADA JUDICIALMENTE LA CUESTIÓN DE LA PREFERENCIA, CON EXTENSIÓN DE LA CORRESPONDIENTE ANOTACIÓN PREVENTIVA, DEBE ESTIMARSE CORRECTA LA DENEGACIÓN DE OTROS ASIENTOS QUE PODRÍAN AFECTAR AL PROBLEMA EN LITIGIO. (Resolución de 22 de diciembre de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 5 de febrero de 1972.)**

**Hechos.**—Resultando que mediante escritura autorizada en Barcelona por el notario don Jorge Roura Rosich, el 2 de julio de 1969, don José Puig Mas vendió a la "Mutua Metalúrgica-Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo", representada por su vicepresidente don José Pujol Xocoy, cuatro

fincas radicadas en el término municipal de Cabrils: que por demoras y retrasos en la liquidación de los impuestos correspondientes no se presentó para su inscripción hasta el día 1.º de diciembre de 1969; que el mismo día y a igual hora, también se presentó en el Registro un mandamiento del Juzgado de Primera Instancia de Mataró, en el que se ordenaba la anotación preventiva de una demanda de juicio declarativo de mayor cuantía interpuesta por doña Mercedes Puig Casanovas contra don José Puig Mas en pretensión de nulidad de la compraventa a su favor otorgada el 3 de septiembre de 1957 por su abuela doña Gertrudis Casanovas Camps y referente a una de las fincas incluidas en la escritura de 2 de julio de 1969, y que ante la concurrencia simultánea de ambas presentaciones, el Registrador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 426 del Reglamento Hipotecario, extendió en el Diario dos asientos del tenor literal siguiente: "555. Anotación. Don Enrique Fábregas Blanch presenta a las nueve horas un mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia, número dos de esta ciudad, el día 15 de noviembre último, acompañado de una certificación expedida el mismo día y por el propio Juzgado, comprensiva de la demanda que se dirá y de la Providencia acordando anotación; a virtud de cuyos documentos se ordena tomar anotación preventiva de la demanda presentada en los Autos de mayor cuantía seguidos por el repetido Juzgado, a instancia de la representación de doña Mercedes Puig Casanovas, contra don José Puig Mas, en cuya demanda se solicita la declaración de nulidad absoluta de la escritura de compraventa otorgada el tres de septiembre de 1957, por doña Gertrudis Casanovas Camps y su nieto José Puig Mas, ante el Notario de Vilasar de Mar, don Rafael Gimeno, y los asientos de inscripciones que motivó con referencia a las siguientes fincas: Porción de terreno, inscrita con el número 685, al folio 230, del tomo 978 libro 27 de Cabrils; y una pieza de tierra registrada con el número 37, al folio 213, del tomo 308, libro 11 de Cabrils. Se hace constar que en la misma hora se ha presentado otro título relativo a la finca número 865, y al que se dará el número siguiente, es decir, el 556.—Mataró, uno de diciembre de 1969.—Enrique Fábregas Blanch—Rubricado—, José María Ferrán Roger—Rubricado”—. "556—Venta—. Don José Romeu Guardiola, presenta a las nueve horas la segunda copia de una escritura autorizada con el número 2.430, por el Notario de Barcelona, don Jorge Ruora, a dos de junio del corriente año, en la que don José Puig Mas vende a la "Mutua Metalúrgica-Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo", domiciliada en Barcelona, una porción de terreno en términos de Cabrils, con una casa llamada Can Genís, y tierras anexas, que forman por agrupación de las siguientes designadas: Fincas números 685, 72, 174 y 1.550. Se hace constar que con esta fecha y a la misma hora se ha presentado bajo el número inmediato anterior 555, un mandamiento ordenando anotación preventiva de demanda sobre la finca número 685, comprendida en dicha compraventa.—Mataró, 1 de diciembre de 1969.—José Romeu, rubricado—. José María Ferrán Roger, rubricado”. “Con esta fecha se devuelve al presentante el título objeto del asiento adjunto a su instancia.—Mataró, 1 de diciembre de 1969.—José Romeu, rubricado, Ferrán, rubricado”;

Resultando que en 2 de febrero de 1970, la entidad compradora volvió a presentar la escritura mencionada y en instancia fechada el 7 y presentada el 11,

hacía constar que se había interpuesto recurso gubernativo contra la suspensión de la inscripción de la escritura mencionada y, para subsanar las omisiones padecidas por no haber cumplido el Registrador con lo ordenado en el artículo 426, 2.º, solicitaba la extensión de la anotación a que se refiere el citado párrafo segundo y las notas preventidas en el párrafo tercero, poniendo el funcionario calificador, el mismo día, la siguiente nota: "Denegada la práctica de la anotación interesada en la precedente instancia, por el siguiente motivo: porque por mandamiento del Juez de Primera Instancia núm. 2 de esta ciudad, don Xavier O'Callagan Muñoz, de fecha 27 de enero último, que fue presentado en esta Oficina el siguiente día 28, según el asiento 1.602 del tomo 113 del Libro Diario se ordenó se tomara anotación preventiva de la demanda interpuesta por la representación de doña Mercedes Puig Casanovas contra la entidad "Mutua Metalúrgica-Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo", en la que se interesaba se declarase la preferencia del asiento de presentación número 555 sobre el asiento número 556, asientos de los respectivos títulos contradictorios. Y en virtud se tomó dicha anotación preventiva de demanda en la finca número 685, obrante al folio 231, del tomo 978, libro 27 de Cabrils, anotación letra A. En el mismo mandamiento se ordenó se pusiera nota de referencia de dicha anotación al margen de los indicados asientos de presentación, objeto de la demanda, declarando que dichos asientos "quedarán subsistentes en tanto no recaiga ejecutoria o los interesados no se pongan de acuerdo". Lo que se cumplió practicando las notas marginales ordenadas con fecha 28 de enero último. Por tanto, entiende el Registrador que suscribe que habiéndose planteado en juicio declarativo de mayor cuantía la cuestión de la prioridad de los asientos de presentación y habiendo ordenado el Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia núm. 2 de este Partido que quedaran subsistentes los asientos en tanto no recaiga ejecutoria, debe abstenerse de calificar los documentos y de practicar cualquier asiento registral, ya que incluso ha quedado interrumpido el plazo de calificar. La anotación interesada en la instancia, que es la regulada en el artículo 426, párrafo 2.º, no pudo practicarse con anterioridad a la anotación preventiva de la demanda judicial sobre la preferencia de los títulos presentados, porque la copia de la escritura de venta autorizada por el Notario de Barcelona, don Jorge Roura Rosich, con fecha 2 de junio de 1969, que fue otorgada por don José Puig Mas, como vendedor, y "Mutua Metalúrgica-Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo", como compradora, fue retirada por su presentador, don José Romeu, el mismo día de su presentación, a su instancia, y no fue devuelta a este Registro de la Propiedad, con las cartas de pago acreditativas del pago del impuesto, hasta el día tres de los corrientes, fecha desde la cual tenía treinta días más para calificar, según Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 24-1-50, y cuya fecha de devolución es posterior a la de la anotación de demanda judicial, según todo ello resulta de las correspondientes notas practicadas al margen del asiento de presentación número 556 de dicha escritura de venta, con fecha 1-12-69, la que hace constar haberse retirado el documento; y 3 de febrero último, la de devolución de la misma escritura. Por tanto, mientras permanecía el título presentado fuera del Registro, como retirado, no podía calificarse ni extenderse la anotación preventiva, que sólo era procedente según el artículo

426 del Reglamento Hipotecario, si dicha escritura no tenía defectos que lo impidieran. Y una vez devuelto, no procedía ya, por haberse practicado con anterioridad la anotación preventiva de la demanda judicial en la que se planteaba la cuestión de la preferencia o prioridad que afectaba a dicho título";

Resultando que el nombrado Procurador, señor Carbonell Esteva, en la representación que ostentaba de la "Mutua Metalúrgica-Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo", mediante instancia de fecha 5 de febrero de 1970, que tuvo entrada en la Audiencia el día 12 del mismo mes, interpuso recurso gubernativo contra la calificación de títulos hecha por el Registrador de la Propiedad, en virtud de la cual suspendió el asiento de inscripción de la escritura de 2 de junio de 1969; alegando que, como es sabido, el principio de legalidad se hace efectivo en nuestro sistema hipotecario mediante la función calificadora encomendada al Registrador de la Propiedad; que como el Registrador no es infalible, contra su negativa a inscribir —provisional o definitiva— cabe la impugnación; que los recursos establecidos por nuestro ordenamiento legal contra la calificación registral, son el gubernativo y el judicial (artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 426 de su Reglamento); que al presente caso no es aplicable el artículo 426 del Reglamento Hipotecario, basado en los principios de prioridad y legalidad; que la aplicabilidad del citado artículo presupone como requisito esencial inexcusable que se presenten al mismo tiempo dos títulos contradictorios relativos a una misma finca —concretamente la doble venta por el titular registral, según la doctrina—, circunstancia que no concurre en el problema planteado; que tratándose, como se trata, de dos títulos —escritura de compraventa y mandamiento de anotación de demanda— que no proceden de titular registral del dominio y que no atañen a la propiedad de la misma finca, no puede decirse que nos hallemos ante dos títulos incompatibles o de imposibles concurrencia; que no dándose, por tanto, el supuesto inexcusable del artículo 426 del Reglamento Hipotecario y constando en el Registro que quien vendió es el titular registral, el Registrador debió proceder a la inscripción interesada por imperativo del artículo 20 de la Ley, sin perjuicio de que también practicase, si lo estimaba oportuno, la anotación de la demanda; y que en cuanto al problema de la preferencia, la escritura de compraventa es de fecha anterior al mandamiento y de entidad más importante, por lo que, aunque la presentación de ambos títulos en el Registro fue al mismo tiempo, teniendo en cuenta el contenido registral y lo dispuesto en los artículos 609 y 1.462, párrafo 2.º, del Código civil, debió procederse a la inscripción pretendida;

Resultando que el Registrador informó: que no ha suspendido ni denegado la inscripción de la escritura de compraventa a favor de la "Mutua Metalúrgica-Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo", la cual no se pudo calificar porque cuando la devolvieron estaba ya sub-judice; que únicamente ha denegado la anotación solicitada en instancia posterior a que se refiere el artículo 426 del Reglamento Hipotecario; que no fue posible practicar de oficio la anotación preventiva ordenada en el repetido artículo 426 del Reglamento Hipotecario porque la copia de la citada escritura de compraventa fue inmediatamente retirada después de extenderse el asiento de presentación, el mismo día 1.º de diciembre de 1969 y no fue devuelta al Registro hasta el día 3 de febrero de 1970, con posterioridad a la anotación preventiva de la demanda

sobre la preferencia de los títulos presentados, anotación que se practicó el 29 de enero de 1970; y que hay que tener en cuenta que según el artículo 426 del Reglamento Hipotecario, la anotación preventiva de los títulos contradictorios se tomará si ninguno de ellos contuviere defectos que impida practicar el asiento solicitado, extremo que no puede saberse hasta después de examinados y calificados, operación que no pudo hacerse respecto a la escritura de compra por haber sido retirada inmediatamente después de su presentación y cuando se devolvió tampoco podía ya calificarse, por estar entonces planteada la demanda judicial y, por consiguiente, encontrarse sub-judice la discrepancia entre los títulos presentados;

Resultando que el presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador y declaró no haber lugar al recurso gubernativo interpuesto;

Resultando que el recurrente se alzó de la decisión presidencial, manifestando que admite que presentada la demanda para que se declare la preferencia del asiento de anotación sobre el de inscripción, no cabe en este recurso discutir el problema de la preferencia, pero que es incuestionable que por no ser contradictorios los títulos en litigio debió y debe procederse a la inscripción de la escritura de venta discutida y si el Registrador estimaba que eran contradictorios, debió extender, y debe ordenarse que se extienda, la anotación a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 426 del Reglamento Hipotecario, sin que pueda alegarse por el funcionario calificador que la escritura de compraventa fue retirada, pues antes de retirarse se había extendido el doble asiento en el Diario y no se concibe que si pudo extenderse tal doble asiento no se hiciera lo propio con los de anotación.

*Doctrina.*—“Considerando que aunque el escrito de interposición del presente recurso gubernativo lleva fecha 5 de febrero de 1970, anterior, por tanto, a la nota derogatoria antes transcrita de fecha 11 del mismo mes y año, resulta del expediente que se presentó en la Secretaría del Gobierno de la Audiencia Territorial de Barcelona el 12 siguiente, y en el citado escrito se refiere el recurrente a dicha nota, incluso citando, como documento que acompaña bajo el número 3, la instancia con la nota extendida a continuación, por todo lo cual es procedente resolver acerca de la cuestión que esta última plantea.”

“Considerando que, extendidos en el Diario los asientos de presentación de dos títulos contradictorios relativos a una misma finca conforme al artículo 426, párrafo 1.º, del Reglamento Hipotecario, se ha solicitado la anotación preventiva de uno de dichos títulos al amparo del párrafo 2.º del citado artículo, lo que ha sido denegado por el Registrador, fundando su negativa en que con posterioridad a tales asientos, y sin que se pudiese calificar el título que ahora se pretende anotar por haber sido retirado el mismo día de su presentación, se practicó una anotación preventiva de demanda en la que se interesaba la declaración de preferencia del asiento de presentación del otro título, ordenando asimismo el Juzgado que los asientos de presentación “quedaran subsistentes en tanto no recaiga ejecutoria o los interesados no se pongan de acuerdo”, lo que se cumplió mediante las correspondientes notas al margen de los referidos asientos.”

“Considerando que el artículo 426 del Reglamento Hipotecario tiene como

finalidad primordial asegurar el derecho de los respectivos interesados hasta tanto se resuelva la preferencia entre los dos títulos estimados por el funcionario calificador como contradictorios y en el presente caso, aunque no se haya practicado la anotación preventiva ordenada en el párrafo 2.º del citado artículo, dicha finalidad ha quedado cumplida al ordenarse por el Juzgado en el litigio suscitado precisamente para declarar la preferencia de un asiento de presentación sobre otro, que queden subsistente dichos asientos hasta que recaiga ejecutoria o los interesados se pongan de acuerdo."

"Considerando que al haberse planteado el pleito encaminado a decidir la preferencia de un asiento de presentación sobre otro con extensión de la correspondiente anotación preventiva de la demanda, debe estimarse correcta la denegación de la anotación de uno de los títulos que se ha solicitado, así como la de su inscripción que se interesa en el escrito de interposición del recurso gubernativo, ya que los asientos de presentación practicados y las notas al margen de los mismos por las que se prorroga su vigencia están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos, en este caso la aludida prorroga, mientras no se declare su inexactitud, y el Registrador no puede entrar en la calificación de ninguno de los títulos presentados al estar ambos comprendidos en el litigio."

"Esta Dirección General ha acordado confirmar el auto apelado y la nota del Registrador."

#### *Consideraciones críticas*

La presente Resolución viene a solucionar, en parte, alguno de los casos que pueden darse en virtud del juego del artículo 426 del Reglamento Hipotecario para el supuesto de que dos títulos referentes a una misma finca se presenten al mismo tiempo. Fundamentalmente la Resolución no hace más que seguir las líneas directrices del artículo citado, aunque relaciona también el problema que la negativa del Registrador plantea en orden a la extensión de la anotación preventiva de que habla el artículo citado.

Para mayor orden en la exposición de estas consideraciones vamos a distinguir el supuesto de simultaneidad, la solución legal al mismo y la aplicación que de esa solución hace la Dirección al caso concreto que contemplamos.

#### *A.—Supuesto de simultaneidad.*

Basado nuestro sistema en el principio de prioridad es evidente que en el cómputo del tiempo para ganar rango o preferencia se tenga en cuenta no sólo la hora, sino el minuto y hasta el segundo y las décimas y milésimas del mismo. Lo peligroso del sistema no reside en esa forma rigurosa de estimar el tiempo, sino en ciertos casos que pueden ofrecer serias dificultades para apreciar simultaneidades o preferencias. Me estoy refiriendo a la recepción de títulos "por correo" que admite o autoriza el artículo 418 del Reglamento Hipotecario. Quizá, intuyendo el legislador la gran dificultad que supone el decidir preferencia o simultaneidad al abrir los sobres que contienen los títulos contradictorios, faculte al Registrador para que extienda el asiento

de presentación, si quiere, o para que los devuelva o conserve en su archivo a disposición de quien tenga derecho a ellos. Con ello deja de plantearse el supuesto o, caso de ser planteado, se resuelve aplazando su resolución al momento en que los interesados puedan hacer la presentación en forma normal.

De todas las maneras es muy difícil apreciar la simultaneidad, si por simultaneidad entendemos aquella que se realiza o acaece al mismo tiempo que otra cosa y, en el caso que se contempla, la presentación codo a codo de dos títulos contradictorios por diferentes personas. En las Oficinas donde existe una ventanilla para la recepción de documentos es evidente que la formación de una "cola" previa, otorga preferencias al que antes esté primero. La simultaneidad es fácil de provocarse cuando una sola persona presenta dos o más títulos contradictorios. Es el supuesto del artículo 420 del Reglamento Hipotecario y es ella misma la que determinará el orden de la presentación o la presentación simultánea de los mismos. No obstante este mismo artículo se refiere a otro supuesto y es que los varios títulos se presenten por dos o más personas al mismo tiempo y, en este supuesto, se ordena al Registrador poner la misma nota a todos los títulos. Es precisamente éste el caso al que va a dar solución legislativa el artículo 426 del Reglamento Hipotecario.

Aunque la norma sea a veces difícil de encajar en un caso concreto por lo raro o lo excepcional, lo cierto es que en el supuesto que contemplamos se debió dar en realidad y que la "Mutua Metalúrgica-Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo" de una parte presentó una escritura de compra de diversas fincas y simultáneamente doña Mercedes Puig Casanovas, de otra, presentó un mandamiento ordenando anotación preventiva de una demanda de juicio declarativo dirigida contra el vendedor de una de las fincas que la "Mutua Metalúrgica" pretendía inscribir a su favor. De cómo ocurrió el hecho nada dicen los antecedentes, pero lo que sí es cierto es que aquí, como en las carreras de caballos del hipódromo, dos entran al mismo tiempo, cabeza con cabeza, y ni la solución fotográfica permite otorgar preferencias.

#### *B. Solución legal.*

Cuando la simultaneidad se produce, si los títulos son contradictorios y lo serán todos aquellos que provocan cierre registral y no preferencias de rango (aunque éstos también plantearían problema), el Registrador debe extender en el Libro Diario dos asientos, uno después de otro, numerándolos correlativamente o, lo que es lo mismo, no dándoles el mismo número, sino números seguidos, y expresando que a la misma hora se ha presentado otro relativo a la misma finca y el número que se le ha dado o va a dársele.

El Registrador debe, seguidamente, calificar los títulos y si no encuentra defectos que impidan practicar los asientos que se le solicitan, debe tomar anotación preventiva de cada uno, expresando que se hace de esa forma ya que habiéndose presentado otro título contradictorio al mismo tiempo, no cabe la inscripción o asiento definitivo hasta que los mismos interesados o el Tribunal correspondiente decida sobre la preferencia. Ello lleva consigo la

extensión de notas al pie del título y al margen del asiento de presentación de cada documento.

Una vez hecho esto el Registrador devuelve a los interesados o Autoridades correspondientes los títulos para que puedan ponerse de acuerdo o se dicte la providencia adecuada. Mientras esto no sucede las anotaciones surten sus efectos durante el plazo del artículo 96 de la Ley. Si media convenio, se procede a la solución dada por los interesados, archivándose la solicitud en la que declaran la preferencia. Si se promueve litigio, el demandante solicitará anotación preventiva de la demanda, que una vez ordenada por virtud del correspondiente mandamiento, provoca la subsistencia de las anotaciones anteriores hasta que recaiga sentencia ejecutoria.

En sustancia esto es lo que dice el artículo 426 del Reglamento Hipotecario y que, en parte, es lo sucedido en la realidad de los hechos, como luego veremos. De ello se deduce que las dos posibles soluciones que resuelven la simultaneidad creada por la presentación al mismo tiempo de dos títulos referentes a una misma finca y contradictorios es el convenido entre las partes o el litigio judicial. Por el primero se viene a solucionar por vía extrajudicial un problema formal de prioridades y por el segundo el Juez deberá resolver un problema superior de preferencias materiales de títulos.

El artículo, sin embargo, no soluciona otra serie de supuestos que se puedan plantear, como, por ejemplo, el caso en el que al calificar el Registrador entienda que uno de los títulos adolece de faltas insubsanables, lo cual provocaría, caso de falta de recurso (que debe plantearse aquí obligatoriamente dentro de los sesenta días del asiento de presentación, para evitar que éste caduque y gane preferencia el simultáneo), que el asiento simultáneo sea el preferente. Igualmente deja sin resolver, y por eso es interesante la doctrina de la Dirección, el supuesto que da lugar a los hechos de este recurso: uno de los títulos se retira, no se practica la anotación preventiva y cuando ésta se pide no procede practicarla, pues ya ha sido presentado el mandamiento ordenando la de demanda del litigio planteado. Veamos cómo la Dirección resuelve.

#### *C.—Aplicación al caso concreto.*

Los hechos relatan la existencia de una simultaneidad y de una extensión, también simultánea, de dos asientos de presentación con números correlativos. Simultáneamente se produce la devolución de uno de los documentos presentados, esto es, el de "Mutua Metalúrgica", para satisfacer el impuesto correspondiente, siendo de nuevo presentado posteriormente, así como una instancia en la que se manifiesta haberse interpuesto recurso gubernativo contra la suspensión de la inscripción y falta de práctica de la anotación a que se refiere el artículo 426, 2.º, del Reglamento Hipotecario.

Antes de ser presentada esa instancia ingresa en el Registro un mandamiento judicial ordenando la práctica de la anotación preventiva de demanda, en la que doña Mercedes Puig Casanovas interesaba se declarase la preferencia de su asiento de presentación sobre su contradictorio de la "Mutua Metalúrgica" y esa razón es la que esgrime el Registrador para denegar la práctica

de la anotación que solicitó "Mutua Metalúrgica" al amparo del artículo 426, 2.º, del Reglamento Hipotecario.

En su informe dice el Registrador que, habiendo ordenado el Ilmo. Sr. Juez de Primera Instancia número 2 que quedaran subsistentes los asientos de presentación en tanto no recaiga ejecutoria, debe abstenerse de calificar los documentos y de practicar cualquier asiento registral, ya que "*incluso ha quedado interrumpido el plazo para calificar*", y encontrarse "Sub-judice" la discrepancia entre los títulos planteados.

Prácticamente ésta es la solución que da al caso la Dirección General hablando de que la finalidad de las anotaciones preventivas queda cumplida sobradamente al ordenarse por el Juzgado en el litigio suscitado precisamente para declarar la preferencia de un asiento de presentación sobre otro, que quedan subsistentes dichos asientos hasta que recaiga ejecutoria o los interesados se pongan de acuerdo.

Entiendo que hay algo que no encaja plenamente en todo este entramado y que mezclado con cierta precipitación pueda dar lugar a ciertos equívocos. Contra la calificación registral procede, como sabemos, el recurso gubernativo sin perjuicio de que las partes puedan contender judicialmente sobre la nulidad o validez de los títulos. Sin perjuicio de la calificación registral, también las partes pueden contender judicialmente para determinar la preferencia de dos títulos en caso de presentación simultánea. La interposición de la demanda en el litigio correspondiente no provoca más que una anotación de la demanda y unos posibles asientos marginales de subsistencia de los de presentación correspondiente, pero entiendo que esa interposición ni interrumpe el plazo para calificar, en todo caso lo prolonga, ni impide dicha calificación.

El Registrador va a decidir con su calificación si los dos títulos presentados son hábiles para practicar las anotaciones preventivas que señala el artículo 426, 2.º, del Reglamento, pero no va a decidir, porque no puede, la preferencia entre los dos títulos que se han presentado simultáneamente en el Registro, cosa reservada al Juez. La decisión del Juez, en un sentido o en otro, no empece el que el Registrador decida si cabe o no las anotaciones de los respectivos títulos, pues en ello no puede haber contradicción con la decisión judicial. Conviene separar campos, pues mezclándolos se restringe la actividad registral, sin que la judicial permita dar cumplimiento a un precepto reglamentario.

Es correcto que los asientos de presentación prorrogados judicialmente hasta tanto se solucione la preferencia, hagan o surtan los mismos efectos que las posibles anotaciones preventivas, pero eso no quiere decir que se interrumpa el plazo para calificar y que esa calificación roce o invada la decisión judicial que en su momento recaiga y determine la preferencia de los títulos.

Digo todo esto, pues admitiendo la vinculante decisión judicial que recaiga a través de la ejecutoria que se dicte, ello no supone nunca o no debe suponer la posibilidad de que se elimine la calificación registral que, conforme a la tesis del Registrador, había quedado aplazada por haberse interrumpido el plazo para calificar. Esta tesis permite sostener que si bien se aplazó el término para calificar, quiere decir que en su momento vuelve a surgir la

posibilidad de ejercerla. Sostener lo contrario sería admitir que al principio general de legalidad y su correspondiente de calificación existía una excepción clara y notoria: la de los títulos contradictorios que no habiendo sabido resolverse su prelación por el convenio entre los interesados, debe acudirse a la solución judicial, la cual, al decidir la prelación, elimina sustancialmente la calificación de dichos títulos.

Sostengo que la calificación de los títulos presentados, aun siendo contradictorios, es inevitable. El que el Juez haya decidido la preferencia de uno sobre otro no elimina la calificación del título que ha de preceder al otro o que ha de cerrar el Registro al posterior. El Juez, en su decisión debe examinar, única y exclusivamente, la prelación del título, reservando al criterio del legislador los elementos calificables que el mismo contenga con la amplitud de que habla el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Aparte de que la ejecutoria que el Juez dicte debe ser examinada y calificada por el Registrador con la amplitud que para estos documentos otorga el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

Y llegamos al posible punto de fricción. Supongamos que el Juez decide que uno de los dos títulos —y así lo debe hacer— es preferente al otro y ordena, conforme al artículo 426 del Reglamento Hipotecario, que se inscriba o que la posible anotación preventiva practicada se convierta en inscripción (este último caso ya supone una previa calificación), pero el Registrador, al calificar el documento preferente, decide que por ser nulo el mismo, por adolecer de falta subsanable o por contener ciertos defectos, no debe inscribirse. Enfrentar en este caso a la decisión judicial y a la calificación registral me parece un error craso, pues ambas se mueven en campos completamente diferentes. El Juez determina que uno de los títulos es preferente y que debe inscribirse con preferencia sobre el otro, pero no puede, con su decisión, imponer al Registrador una calificación en este sentido. Creo que es aleccionador el artículo 136 del Reglamento Hipotecario al conceder un recurso de queja en supuestos de apremio judicial. El caso que contemplamos es completamente diferente del que señala el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en el que en el ámbito judicial se dilucida un problema de validez o nulidad del título y no de preferencia.

Por todo ello estimamos que si bien la práctica de las anotaciones preventivas era innecesaria a la vista de la prórroga del asiento de presentación, no debió nunca aplazarse la calificación registral.

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SENTENCIA.—NO ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO UN MANDAMIENTO JUDICIAL DICTADO EN TRÁMITE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA, CUANDO LOS BIENES AFECTADOS SE ENCUENTRAN INSCRITOS A NOMBRE DE TERCEROS ADQUIRENTES QUE NO FUERON PARTE EN EL PROCEDIMIENTO Y EN LA DEMANDA NO SE HIZO PETICIÓN ALGUNA REFERENTE A LA SITUACIÓN REGISTRAL DE LAS FINCAS EN LITIGIO. (Resolución de 13 de marzo de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 22 de marzo de 1972.)**

**Hechos.**—Resultando que por escritura de 5 de marzo de 1951, aclarada por otra de 12 de noviembre de 1953, don Gregorio Treviño Peñaranda

vendió a doña Consolación Huertas y Sánchez Carrillejo una finca integrada por dos partes, llamada el "Casquetazo", sita en el Campo de Criptana e inscrita en el Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, con la condición resolutoria de que volvería el dominio al vendedor si la compradora no hacía efectiva la totalidad del precio en la forma convenida; que previo requerimiento notarial hecho el 30 de mayo de 1956, el vendedor declaró resuelta la venta en virtud del pacto comisorio inscrito en el Registro de la Propiedad; que por escritura de 5 de septiembre de 1956, el señor Treviño vendió la finca cuestionada a don Joaquín Catalán Horcajada, que inscribió su adquisición en el Registro; que doña Concepción demandó al señor Treviño y a cualquiera que con posterioridad al 30 de mayo de 1956 adquiriese algún derecho sobre la finca el "Casquetazo", para que se declarase no haber lugar a la resolución aludida, dejándose en vigor la escritura de 5 de marzo de 1951 aclarada por la de 12 de noviembre de 1953; que la demanda se anotó en el Registro de 11 de enero de 1957, extinguéndose después por caducidad; que el Juzgado dictó sentencia con fecha 24 de enero de 1958, rechazando la pretensión de la demandante; que en diversas fechas comprendidas entre los años 1958 a 1966, don Joaquín Catalán vendió varias parcelas segregadas de la repetida finca, a diferentes compradores que inscribieron sus títulos después de extinguida la anotación de la demanda; que doña Concepción recurrió contra la sentencia del Juzgado llegando hasta el Tribunal Supremo, que en 21 de diciembre de 1963 declaró no haber lugar a la resolución del contrato de compraventa litigioso; que presentada en el Registro ejecutoria de la anterior sentencia, fue denegada su inscripción por figurar la finca a que se refería inscrita a nombre de terceros adquirentes; que interpuso recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, fue confirmada la nota recurrida por Resolución de 31 de octubre de 1969, y que la señora Huertas, en trámite de ejecución de sentencia, solicitó del Juzgado expidiese al Registrador mandamiento de anotación preventiva de la misma sobre la finca "El Casquetazo", que fue librado el 15 de diciembre de 1970.

Resultando que presentado en el Registro el anterior documento, fue calificado con la siguiente nota: "DENEGADA LA ANOTACION o anotaciones de los párrafos 3.<sup>º</sup> y 10.<sup>º</sup> del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, ordenadas en el mandamiento dado por el señor Juez de Primera Instancia de este partido, fecha 15 de diciembre de 1970, aceptando exhorto del señor Magistrado-Juez número 14 de los de Madrid, por cuanto la finca 6.240 del Registro, folios 199 y 200 del Tomo 1.350, Libro 296 de Campo de Criptana, inscripciones 11 y 12 y la finca 5.009, folios 84 del Tomo 1.335, Libro 294 de Campo de Criptana y folio 42 del Tomo 1.452, Libro 312 del mismo término, inscripción 6.<sup>a</sup>; fueron inscritas a favor de don JOAQUIN CATALAN HORCAJADA, casado con doña DOLORES COBO MUÑOZ, y sucesivamente, en cuanto a la número 6.240 a favor de varios adquirentes, en virtud de segregaciones distintas, aunque no en su totalidad segregada, siendo dichos titulares personas distintas del demandado don Gregorio Treviño Peñaranda. Y todo ello conforme a los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 32 de octubre de 1969, concretada al caso aquí calificado, y dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, recogiendo doctrina del Tri-

bunal Supremo y otras resoluciones de la propia Dirección General, aplicables al mismo supuesto. No es procedente tomar anotación de suspensión."

Resultando que doña Concepción Huertas y Sánchez Carrillejo interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que como no se ha hecho caso a la ejecutoria del Tribunal Supremo, promoviendo la ejecución de la sentencia, ha obtenido mandamiento judicial para hacer efectivo su derecho; que si los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, el Registrador debió aceptar el citado mandamiento (artículo 1º de la Ley Hipotecaria); que no hay por qué traer a colación, como hace el Registrador, a personas que no han sido parte en el procedimiento y sí las cuestiones hipotecarias y procesales entre demandante y demandado tuvieron acceso al Registro, es lógico pensar que ambos se vean amparados por éste (artículo 42, párrafos 2 y 10 de la Ley Hipotecaria); que lo que se ha hecho es ventilar ante los Tribunales la ejecución de una sentencia y no tiene explicación que el Registrador le niegue su acceso al Registro (artículo 66 de la Ley Hipotecaria); que los obstáculos que opone el Registrador son ajenos al pleito sostenido entre demandantes y demandado, por lo que son inoperantes en este caso en que únicamente se discute la nulidad de una resolución contractual que tuvo acceso al Registro bajo la forma de pacto comisorio o condición resolutoria expresa (artículo 99 del Reglamento Hipotecario), y que el Tribunal Supremo anuló la resolución del contrato de compraventa llevado a cabo por el señor Treviño y este Alto Organismo Judicial extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional (artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resultando que el Registrador informó: Que la cuestión planteada en este recurso es exactamente la misma que ya fue decidida por la Dirección General en Resolución de 31 de octubre de 1969, por lo que no procede volver sobre ella, citando al efecto las Resoluciones de 21 de noviembre de 1889, 3 de mayo de 1890 y 14 de febrero de 1937.

Resultando que reclamado informe al Magistrado-Juez que intervino en el procedimiento, contestó que se absténía de emitirlo por hallarse los Autos en apelación admitida en ambos efectos por providencia de 19 de octubre de 1971.

Resultando que el presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por la razón señalada por este funcionario y que implícitamente reconoce la propia recurrente al comienzo de su escrito de interposición, haciendo notar además que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 21 de diciembre de 1963, se cuidó de advertir que "tampoco procede hacer ninguna declaración contra cualquier persona que pudiera alegar un posible derecho sobre las fincas actualmente en litigio y adquirido con posterioridad al 30 de mayo de 1956, por no ser solicitado ni sería procesalmente factible", declaración que explica el rigor lógico del Magistrado Juez de Primera Instancia en su informe en el anterior recurso al indicar que el órgano de casación "no se pronunció sobre aspecto alguno de la situación registral de las fincas a que el proceso se refería... y por ello no es dable valorar aquella calificación registral en función de la ejecutoria, vacua de todo procedimiento que, atinente a la situación registral, pudiera demostrar el error".

*Doctrina.*—“Considerando que la anotación preventiva, solicitada en trámite de ejecución de sentencia, que se pretende basar en los números 3 y 10 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, tropieza con el hecho de encontrarse la primitiva finca discutida —y las que de ella tienen su origen a través de diversas segregaciones— inscritas, no a nombre del demandado, sino a favor de posteriores adquirentes, situación registral idéntica a la que existía cuando la misma recurrente pretendió inscribir la propia sentencia firme, lo que no consiguió, dando motivo a la Resolución de este Centro de 31 de octubre de 1969, que confirmó la Nota de calificación registral.”

“Considerando que los mismos fundamentos legales que recogía la mencionada Resolución son aplicables ahora al presentarse nuevamente la cuestión, ya que por encontrarse las fincas, inscritas a nombre de terceras personas que no fueron parte en el proceso y cuyos derechos forzosamente no se pueden desconocer, tal como pone de manifiesto la propia sentencia en trámites de ejecución cuando expresa que no es procesalmente factible por no haberse solicitado hacer declaración alguna contra cualquier otra persona que pudiera alegar un posible derecho sobre las fincas en litigio, por lo que daba esta situación y la existencia de preceptos tan básicos en materia registral, como los artículos 1-3.º, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria que recogen los principios de legitimación y fe pública de protección al titular inscrito y a los terceros de buena fe, todo lo cual obliga a no poder practicar la anotación solicitada.”

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y Nota del Registrador.”

#### *Consideraciones críticas*

En las primeras o segundas colaboraciones mías en estos comentarios críticos a Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, recuerdo haber manejado el mismo tema que ahora se plantea y hasta creo que las mismas personas o personajes que en el supuesto de hecho intervienen. Remitirse a lo allí dicho es renunciar de antemano a un posible comentario nuevo, aunque sólo fuera sobre la base del “derecho de arrepentimiento” que a todo autor le asiste. Aparte de ello el cómodo sistema de remisión que la analogía del problema podría permitir, desplazar al lector la búsqueda del número y la página donde el comentario viene publicado.

Por todo ello, aquí nos vamos a limitar a citar que el caso es análogo, al resuelto por la Resolución de 31 de octubre de 1969 y que en uno y otro se ofrecía por los mismos personajes el mismo problema. Don Gregorio Treviño vende a doña Consolación Huertas, con la condición resolutoria de que si no se satisfacía la totalidad del precio la finca volvería a poder del vendedor. Incumplida la obligación de pagar el precio y existiendo causa para el funcionamiento de la condición resolutoria debidamente constatada en el Registro, el vendedor, previa la notificación notarial correspondiente, resuelve la venta y procede a vender la finca objeto de la misma a don Joaquín Catalán Horcajada, que inscribe su adquisición en el Registro. Por su parte, la señora Huertas demanda al señor Treviño y a cualquiera de los que tuvieran causa del mismo para que se declare que no había lugar a la resolución, pero la

anotación de la demanda se hace con posterioridad a la inscripción de la venta posterior realizada a favor del señor Catalán.

Los hechos siguen relatando que, una vez extinguida por caducidad la anotación de la demanda, se procede por el señor Catalán a segregar parcelas de la finca y a enajenarlas a diferentes personas que inscriben sus títulos de compra. Entretanto, el Juzgado había desestimado la demanda de doña Consolación Huertas, la cual, al recurrir ante el Supremo, obtiene sentencia que declara no haber lugar a la resolución, pero presentada ejecutoria ante el Registro es denegada su admisión y, por ello, se plantea el recurso gubernativo que resolvió la Resolución de 31 de octubre de 1969, lo cual no fue impedimento para que en trámites de ejecución de sentencia se solicitase de nuevo anotación preventiva de sentencia, que, como sabemos, fue denegada por el Registrador en base de dos de los artículos más fundamentales de la Ley Hipotecaria: el 34 y el 38. Seguido el expediente o recurso gubernativo, la Dirección da la razón al Registrador.

Las tres bases en que se apoya la doctrina de la Dirección, podemos concretarlas en las siguientes:

a) *Protección judicial de los asientos registrales.*—El principio lo establece el artículo 1,3 de la Ley Hipotecaria en el cual se dice que, una vez extendidos los asientos, quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales y sólo se podrán alterar en base de la declaración procedente de inexactitud. Hemos de fijarnos que la sentencia en la que concluye el litigio planteado se resuelve un problema de nulidad de una resolución de venta, pero en ella se hace la salvedad de que "no es procesalmente factible por no haberse solicitado hacer declaración alguna contra cualquier otra persona que pudiera alegar un posible derecho sobre las fincas en litigio". Ello supone reconocer la posibilidad de asientos posteriores que deben quedar a salvo de la declaración de nulidad de la resolución realizada.

b) *Principio de fe pública registral.*—Una de las aplicaciones del principio de fe pública registral, que recoge el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, es el que se contiene en los hechos que sirven de base a la Resolución comentada. Sobre la base de una resolución de venta que luego va a ser anulada por declaración de sentencia, se verifica por el resolvente una primera enajenación en favor de una persona y ésta, a su vez, mediante diversas segregaciones, vende la totalidad de la finca primitiva a otras personas distintas. Estamos, querámoslo o no, frente a la figura del tercero que debe "ser mantenido en su adquisición, aunque después se anule o resuelva" la titularidad de su transmitente. Quizá el problema marginal de esta cuestión pueda residir en la buena o mala fe no sólo del primer adquirente, sino de los posteriores, pero como la mala fe no se ha demostrado, debe prevalecer el principio de presunción de la buena.

c) *Principio de legitimación.*—Una de las consecuencias procesales de este principio es recogida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, párrafo segundo, donde se dispone que para ejercitarse una acción contradictoria de lo que publica el Registro, es requisito que se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, cosa que en el caso contemplado,

como hemos visto, no sucede. Lo que la demandante impugna es la resolución de la primitiva venta que la hizo el primitivo comprador, pero no las sucesivas y menos las inscripciones que las amparan.

**BIENES GANANCIALES: VENTA DE PARTICIPACIONES INDIVISAS.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE VENTA DE PARTICIPACIONES INDIVISAS GANANCIALES DE UN INMUEBLE EN QUE FALTA EL CONSENTIMIENTO UXORIS EXIDO POR EL ARTICULO 1.413 DEL CODIGO CIVIL. (Resolución de 15 de marzo de 1972, *Boletín Oficial del Estado* de 7 de abril de 1972.)**

*Hechos.*—Resultando que por escritura otorgada en Madrid ante el Notario don Alejandro Santamaría y Rojas el 8 de mayo de 1959, don Antonio Palacio Martínez del Campo, casado con doña Graciella San Bartolomé Morello, compró a don Valentín Palacios Ruiz-Senén y otros, varias participaciones indivisas de un solar sito en Madrid, calle Churruca, 19 antiguo, 21 moderno, inscrito en el Registro; que presentado el referido documento en el Registro de la Propiedad Norte, hoy número 6 de la Capital, fue inscrito con excepción de una treinta y dosava parte en usufructo, otra treinta y dosava parte en pleno dominio y una noventa y seisava parte en nuda propiedad, de las que era dueño uno de los vendedores —don Valentín Palacios Ruiz-Senén—, de cuyas tres señaladas participaciones se suspendió la inscripción por el defecto subsanable de falta de consentimiento de la esposa, o en su defecto autorización judicial por encontrarse en tramitación la separación matrimonial, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.413 del Código Civil al tratarse de bienes adquiridos durante el matrimonio que tienen la cualidad de gananciales por no constar que se adquiriesen con bienes propios del marido; que don Antonio Palacios y Martínez del Campo falleció en Madrid el 22 de marzo de 1969 bajo testamento abierto en el que instituyó herederos a su esposa doña Graciella San Bartolomé Morello y a sus hijos don Francisco Javier y don Federico Palacios San Bartolomé; que hechas las participaciones en el solar de la calle Churruca, número 21, se adjudicaron en proindiviso a los mencionados herederos, y que, transcurrido el plazo de la anotación preventiva por defectos subsanables en cuanto a las participaciones indivisas de don Valentín Palacios Ruiz-Senén, que fue practicada al inscribirse la adquisición por el fallecido don Antonio Palacios y Martínez del Campo del solar sito en Churruca, 21, de Madrid, fue cancelado el correspondiente asiento.

Resultando que presentado de nuevo en el Registro por los herederos del señor Palacios y Martínez del Campo el 21 de marzo de 1970, cuya copia de la escritura de compraventa del referido solar, se volvió a suspender la inscripción de las participaciones correspondientes a don Valentín Palacios Ruiz-Senén, con la siguiente nota: “Suspendida la inscripción respecto de la compraventa de las siguientes participaciones indivisas de la finca a que se refiere el precedente documento: una treinta y dosava parte en usufructo, una treinta y dosava parte en pleno dominio y una noventa y seisava parte en nuda propiedad, por el defecto subsanable de la falta del consentimiento que previene

el artículo 1.413 del Código Civil, de la esposa del vendedor don Valentín Palacios o en su caso de la autorización judicial por tramitarse la separación, ya que no consta liquidada la sociedad conyugal, toda vez que tales participaciones fueron adquiridas por dicho señor Palacios, por compra, constante su matrimonio y sin alegar la naturaleza del dinero invertido, y en su lugar, y a solicitud del presentante, ha sido tomada anotación preventiva de suspensión por el término legal, al folio 221 del libro 988 del Archivo, tomo 247 de la Sección 1.<sup>a</sup>, finca número 240, anotación letra K y también a solicitud del presentante, se expide copia de la anotación al amparo del artículo 67 de la Ley Hipotecaria. Madrid, 1.<sup>º</sup> de abril de 1970.”

Resultando que el nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que ciertamente el artículo 1.413 del Código Civil, tal y como quedó redactado por la Ley de 24 de abril de 1958, dispone que el marido podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales, pero necesitará el consentimiento de la mujer para actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles; que según reiterada jurisprudencia acogida por el Centro Directivo, tal consentimiento de la mujer integra un negocio de asentimiento que tiene estrecho paralelismo con la licencia marital, por lo que, en principio, parece viable aplicar por analogía para resolver las lagunas de la reglamentación del consentimiento uxoris origine, las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital; que los actos realizados por el marido, sin el consentimiento uxoris, son en principio válidos, sólo se anulan si la mujer o sus herederos lo reclaman y no alteran ni modifican derechos de otras personas; que lo anterior es un resumen de la doctrina sentada entre otras en las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1964, 6 de mayo de 1969 y la Resolución de 28 de marzo de 1969; que en consecuencia, en el terreno hipotecario debe seguirse, para los actos realizados por el marido sin que conste el consentimiento de la mujer, el mismo criterio establecido para los actos de la mujer sin la autorización del marido, o sea, el que señala el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, según el cual serán inscribibles los actos o contratos otorgados por mujer casada, pero el Registrador deberá hacer constar en la inscripción la falta de la licencia marital cuando fuere necesaria, y que, en conclusión, procede inscribir la compraventa a favor de don Antonio Palacios Martínez del Campo, de las participaciones indivisas cuestionadas, si bien haciendo constar en la inscripción la falta de licencia de la mujer del vendedor, don Valentín Palacios Ruiz-Senén.

Resultando que el Registrador informó: que sin desconocer la trascendencia de la declaración que contiene la sentencia del Tribunal Supremo invocada por el recurrente, es lo cierto que la de 6 de marzo de 1969 contempló un caso en el que quedó demostrada, como cuestión de hecho, la concurrencia del consentimiento previo e incluso simultáneo de la mujer para los actos de disposición; que la sentencia de 6 de mayo de 1969 declaró que la nulidad del contrato no puede ser invocada por el marido, quien manifestó en la escritura que actuaba con el consentimiento de la esposa; que como puede verse, no son iguales los supuestos debatidos en los casos que originaron esas

Sentencias y, por tanto, no es muy exacto afirmar que exista una jurisprudencia unánime y reiterada en la materia; que la Resolución de 28 de marzo de 1969 se refiere a la admisibilidad de una anotación de demanda dirigida solamente contra el marido, aunque los bienes estaban inscritos a favor de ambos cónyuges, y si bien en uno de sus considerando alude a la doctrina del Tribunal Supremo afirmativa de que la disposición de los bienes gananciales corresponde exclusivamente al marido, rechaza la tesis de la codisposición, aunque la mujer preste su asentimiento mediante un acto que tiene estrecho paralelismo con la licencia marital; que ciertamente esta referencia a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo existe, pero sin que la Dirección General se pronuncie sobre la admisibilidad de los criterios mantenidos en la misma; que tanto en el campo jurisprudencial como en el de la doctrina, existen grandes vacilaciones al analizar el verdadero alcance de la modificación introducida en el artículo 1.413 del Código civil, pero puede afirmarse que textualmente el citado artículo exige el consentimiento de la mujer, y a tenor del artículo 1.262 del mismo cuerpo legal el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato; que en el presente caso se prescinde simplemente de ese consentimiento, por lo que el negocio se encuentra jurídicamente incompleto al faltarle uno de sus requisitos esenciales, ya que la mujer es cotitular de los bienes gananciales de que el marido dispone, lo que hace que no pueda asimilarse su conformidad a la licencia marital que presta el marido a los actos de disposición de sus bienes propios, otorgados por la mujer; que en todo caso, según el último párrafo del artículo 1.413 del Código civil no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice en contravención del Código o en fraude de su mujer, cualquiera que sea la condición de los bienes afectados; que no se ocultan al informante los esfuerzos de algunos publicistas y de la Jurisprudencia dirigidos a facilitar el tráfico jurídico y eliminar, dentro de lo posible, los obstáculos que representa la última reforma del artículo 1.413 del Código civil, a lo que hay que añadir el poder de inercia que representa el anterior estado, pero aun compartiendo esos mismos criterios no puede desconocerse el sentido protector de los derechos patrimoniales de la mujer casada que inspira ese artículo, que lógicamente debe armonizarse con la natural protección a los terceros adquirentes; que el alcance de la jurisprudencia es interpretativo o aclaratorio, pero no vinculante, y frente a ella se encuentran los preceptos del Reglamento Hipotecario dictados para el desarrollo de la Ley que reformó el artículo 1.413 del Código civil; que el artículo 608 del Código civil ordena que en lo referente a los títulos sujetos a inscripción se estará a lo dispuesto en la Legislación hipotecaria en la que figuran los artículos 96 y 144 del Reglamento que exigen, en cuanto a los gananciales, el cumplimiento de lo establecido en el 1.413 del Código civil; que nada autoriza a acogerse a un criterio de analogía que permita hacer aplicación del artículo 94 del Reglamento Hipotecario concebido para un caso distinto; que la reforma del Reglamento Hipotecario en 1959 no dio igual tratamiento a los dos supuestos que se examinan y por ello el problema es de *lege ferenda*, no quedando al funcionario calificador otro camino que el exacto cumplimiento

de los preceptos vigentes invocados; que si el legislador hubiera querido identificar la falta de licencia marital con la del consentimiento *uxoris*, lo habría hecho así, pero entendió que no es lo mismo que la mujer venda sus bienes propios o que el marido enajene los de la sociedad conyugal; que consta en el Registro que el matrimonio del vendedor respecto del cual se ha suspendido la inscripción estaba en trámite de separación judicial al realizarse la venta, y conocidas son las precauciones que en tal situación adopta nuestro Código civil —artículo 68, regla 4.<sup>a</sup>— en cuanto al régimen económico, pendiente de liquidación, exigiéndose licencia judicial para los actos que excedan de la mera administración de los gananciales, cualquiera que sea el cónyuge que los administre, lo que obliga a extremar el cuidado en la calificación ante casos de tal naturaleza; y que el defecto fue calificado de subsanable, por lo que el negocio discutido podrá perfeccionarse mediante la prestación expresa o tácita del consentimiento que falta o subsidiariamente mediante autorización judicial.

Resultando que el Notario autorizante del instrumento informó: que comparte y hace suyos en lo sustancial los razonamientos y consideraciones del recurrente, por lo que entiende no existe el defecto que señala el Registrador, razón por la cual el acto debe ser inscrito sin que sea necesario para ello el exigido consentimiento de la mujer del vendedor; que, además, según resulta de las inscripciones 5.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> de la finca objeto del recurso, las participaciones vendidas tienen carácter de bienes reservables, por lo que no procede darles el tratamiento de gananciales.

Resultando que el presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por entender que aun prescindiendo del criterio del Notario autorizante del instrumento que considera bienes propios del vendedor las participaciones enajenadas y considerándolas incluso gananciales, es lo cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aceptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado, no establece una codisposición por ambos cónyuges de los bienes gananciales, sino que atribuye al marido la facultad de disposición y la mujer sólo puede impugnar el acto realizado si le perjudicase o fuera en fraude de sus derechos, y como tal impugnación no ha tenido lugar, procede inscribir a nombre del comprador, don Antonio Palacios Martínez del Campo, las participaciones indivisas que han sido objeto de suspensión.

*Doctrina.*—“Considerando que al no haber prestado el consentimiento exigido en el artículo 1.413 del Código civil, la mujer de uno de los condueños, la cuestión que plantea este recurso hace referencia a si podrá inscribirse en los libros registrales una escritura autorizada en estas condiciones, de la misma manera que tienen acceso al Registro los actos y contratos otorgados por mujer casada, en los que falta la licencia marital, por permitirlo el artículo 94 del Reglamento Hipotecario”;

“Considerando que por este Centro Directivo se ha declarado repetidas veces, en coincidencia con la unánime doctrina sentada por el Tribunal Supremo de que la modificación del artículo 1.413 del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, no ha introducido un régimen de codisposición a título oneroso para los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, sino que como indica la sentencia de 6 de marzo de 1969, la potestad de disposición

sigue correspondiendo al marido, único al que pertenece la iniciativa para realizar dichos actos en los que la mujer no es parte, aunque los consiente, y por ello este novísimo consentimiento *uxoris*, limitativo de las facultades del marido, integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica y tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues las dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro, y cuando se hace uso arbitrario de los mismos cabe sustituirlos por la autorización judicial, por lo que en principio puede resultar viable la aplicación por analogía de las soluciones elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la licencia marital, para llenar aquellas lagunas que la reglamentación de consentimiento *uxoris* origine”;

“Considerando, no obstante, que cualesquiera que sean las analogías que pueden establecerse entre el acto dispositivo realizado por una mujer casada sin licencia marital, sobre bienes parafernales y el que efectúa el marido, sin consentimiento de su mujer, sobre bienes gananciales, no puede desconocerse que en el primer supuesto los bienes de que se trata son de propiedad exclusiva de aquella que figura como titular registral única de los mismos, en tanto que en el segundo caso los bienes son comunes de ambos cónyuges y, por tanto, su titularidad tanto civil como registral es compartida, por lo que, al menos, a efectos registrales, el acto dispositivo resultará incompleto, al no constar el consentimiento de uno de sus titulares, razón por la cual, sin duda, el Decreto de 17 de marzo de 1959 que modificó, entre otros, los artículos 94, 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, permitió expresamente la inscripción de los actos y contratos celebrados por la mujer sin licencia marital y nada dijo en cuanto a la inscripción de los realizados en contravención del artículo 1.413 del Código civil, a pesar de ser el referido Decreto aplicación y desarrollo de la Ley de 24 de abril de 1958, que reformó parcialmente el Código civil”;

“Considerando, además, que al ser la finalidad primordial del Registro de la Propiedad la de proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas inmobiliarias y publicar a través de sus asientos situaciones firmes y claras con el consiguiente amparo de todos aquellos terceros que acudieron a solicitar su protección, sólo excepcionalmente se ha podido permitir el ingreso de actos y contratos no totalmente perfectos, como en el supuesto del artículo 94 del Reglamento Hipotecario antes señalado, y no parece aconsejable ampliar este criterio a otros supuestos, pues ello implicaría que los libros hipotecarios mostrasen situaciones ambiguas que inducirían a confusión, lo que a toda costa hay que tratar de evitar”;

“Considerando, por último, que no es de tomar en consideración la alegación hecha en su informe por el Notario autorizante de la escritura de que al tratarse de unas participaciones que tenían el carácter de bienes reservables no se precisaba el consentimiento de la mujer, por cuanto que tales participaciones se inscribieron en el Registro al presentarse la escritura calificada, y solamente se ha planteado la cuestión respecto de aquellas otras que por haber sido adquiridas a título oneroso durante el matrimonio por el marido

se presumen de carácter ganancial y respecto de las cuales únicamente se extendió la nota de suspensión."

"Esta Dirección General ha acordado con revocación del Auto apelado, confirmar la nota del Registrador."

#### *Consideraciones críticas.*

La institución de los gananciales —esa especie de matriarcado español— logrado muchísimo antes de que a la mujer se le diera la oportunidad de "realizarse" plenamente— vuelve a ser piedra de toque para tratar de solucionar el problema de si en los actos dispositivos de estos bienes es suficiente la actuación marital con el simple "asentimiento" de la mujer (licencia *uxoris*) o, por el contrario, se precisa el "consentimiento" de la misma. De la forma en que pueda solucionarse la cuestión va a depender que los actos realizados sin consentimiento o sin asentimiento, puedan o no inscribirse con el carácter de anulables.

Vamos a destacar brevemente la situación de la doctrina y de la jurisprudencia, para ofrecer un estado de opinión poco pacífico, que incluso llegó a disensiones dentro de una misma obra doctrinal. Me estoy refiriendo a la aportación que al tema hicimos Bonilla y yo y en la que quedó plasmado el diferente criterio sostenido por uno y otro. A ello vamos a añadir la solución que ofrece la presente Resolución, con lo cual vamos a distinguir:

A) *Posiciones doctrinales.*—Fundamentalmente podríamos señalar dos direcciones: a) Los que consideran que el consentimiento de la mujer equivale a una codisposición, tratándose de un requisito de validez del acto dispositivo y su inscripción (La Rica, Ventura-Traveset y De Castro). b) Los que opinan que se trata de un consentimiento prestado a la disposición realizada por el marido (Bonet Ramón, Cámara, Roca Juan, Rodríguez Adrados, Roca Sastre, Parra Jiménez, Batalla, Sanz, Escrivá de Román, etc.). En esta postura había infinidad de matices, hablando Roca de un "consentimiento de control"; La Cámara, de un negocio de "asentimiento" equivalente a la licencia marital; Sanz, de un requisito habilitante; Rodríguez Adrados, de una "declaración de conformidad", etc.

Frente a la tesis de Bonilla que estimaba que el poder de disposición correspondía al marido, estando limitado por el consentimiento de la mujer, yo sostenía que el consentimiento que impone el artículo 1.413 no es una licencia, no es un negocio de asentimiento, no es una declaración de conformidad ni un requisito habilitante, sino que estamos ante un "negocio de perfeccionamiento" encuadrable dentro del párrafo segundo del artículo 1.259 del Código Civil, en el cual se sujetan los contratos celebrados en nombre de otro a nulidad si éste no los ratifica, quedando a salvo los casos de previa autorización o de representación legal.

Es claro que la postura doctrinal que se adopte va a dar la clave de la esencia del consentimiento de la mujer. Para los de la tesis primera, la falta de consentimiento es un caso de inexistencia o nulidad. A esta postura hay que agregar las doctrinales de Roca y De Castro y de algún otro que, mili-

tando en grupo contrario, estiman requisito necesario para la validez del acto dispositivo la intervención de la mujer. Para los que sostienen la postura contraria, el acto realizado sin licencia "uxoris" es válido y eficaz, si bien sujeto a una nulidad relativa. Ello les lleva a la última conclusión: aplicación analógica del artículo 1.301 del Código Civil y del 94 del Reglamento Hipotecario.

B) *Posición de la jurisprudencia.*—La posición del Tribunal Supremo parece ser decididamente partidaria de las opiniones doctrinales de La Cámara y Bonet Ramón, que sostuvieron la idea de que la potestad dispositiva de los bienes gananciales corresponde siempre al marido, no siendo el consentimiento de la mujer más que una manifestación del negocio de asentimiento, cuya naturaleza guarda gran parentesco o semejanza con la licencia marital.

Se citan a este respecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1960 y 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964, y 3 de marzo de 1969, cuyo número aparentemente ya supone la "creación de una doctrina" que sirva de base al recurso de casación. No obstante, en el examen detenido de dichas Sentencias se ven ciertas quiebras al principio sentado al comienzo. Con gran sentido crítico, Amorós Guardiola tuvo la paciencia de ofrecernos el contenido de dichas sentencias para fundamentar su tesis.

Es curioso destacar, siguiendo el trabajo del autor citado, cómo la Sentencia de 7 de febrero de 1964 se refería a un supuesto celebrado antes de entrar en vigor la Ley reformadora del artículo 1.413 y la carencia de efectos retroactivos de la misma, solucionaba por sí sólo el problema.

Más seriamente peligrosas a los efectos de estructurar la doctrina legal son las de 13 de marzo y 21 de abril de 1964, en las que, partiendo de documentos privados, se afirma que nunca el marido perdió la facultad de disposición, siendo la intervención de la mujer una manifestación del negocio de asentimiento que permite a la mujer asentir o disentir del acto dispositivo, correspondiendo a la misma y a sus herederos el derecho de impugnar los actos en los que la misma no haya dado su consentimiento.

Repiten la misma idea las Sentencias de 3 de marzo de 1969 y la de 6 de mayo del mismo año, aunque los hechos en que se basan las mismas suponen en la primera la existencia de un consentimiento previo o simultáneo de la mujer y en la segunda en que el recurrente hizo constar en el contrato que actuaba con el consentimiento de su esposa, por lo que —como bien dice Tirsc Carretero en un comentario a la resolución que hoy traemos a estas páginas— no puede impugnarla basándose en la inobservancia de un requisito a él sólo imputable y que comporta la falsedad de dicha manifestación.

Estas manifestaciones de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no pueden ser tomadas como decisivas a los efectos de enjuiciar el problema. En el fondo, eso es lo que viene a decir el Registrador en la defensa de su nota: por no ser iguales los supuestos debatidos en ellas, no es exacto afirmar que existe una jurisprudencia unánime y reiterada en la materia.

Por lo que se refiere a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado se cita la Resolución de 28 de marzo de 1969, en la que se recoge la posición del Tribunal Supremo en orden a la configuración del acto dispositivo reservado al marido, rechazándose el acto de codisposición y resolviendo el caso que se planteaba en el sentido de no ser necesario que, en

la petición de anotación preventiva de demanda sobre finca ganancial, sea dirigida la demanda también contra la esposa. No obstante, parece ser que la Dirección General "hace referencia" al criterio del Tribunal Supremo, pero sólo resuelve el problema de una legitimación pasiva a los efectos de una demanda de contrato celebrado exclusivamente con el marido, sin el consentimiento de la mujer.

C) *Solución del caso concreto.*—Una de las grandes virtudes de la doctrina emanada del alto Centro Directivo es la de que en muy raras veces existe discrepancia con el Tribunal Supremo. Por ello, ahora, también viene a aceptar la solución ofrecida para la construcción jurídica del supuesto del artículo 1.413 del C. c., pero en lo que ya no coincide, porque sería una interpretación forzosa, es en el intento de asimilar el supuesto a un caso de anulabilidad capaz de ingresar en el Registro por la puerta un tanto discutible del artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

En efecto, el fallo de la Dirección General de los Registros construye el supuesto del artículo 1.413 no como un caso de codisposición, sino como una afirmación de que es el marido el que sigue conservando la potestad de disposición, siendo el consentimiento "uxoris" una especie de limitación de las facultades del marido que integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica y tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, lo cual puede llevar a una aplicación analógica de las soluciones doctrinales para llenar aquellas lagunas que la reglamentación del consentimiento "uxoris" origine.

Pero esta construcción, aceptada sobre bases doctrinales de reconocido mérito, no podía llevarse a sus últimas consecuencias, ya que aquí se juega con bienes de doble titularidad, donde marido y mujer ostentan una participación con reflejo registral que no puede violentarse. De otra parte, aceptar el paralelismo de la solución registral que para los bienes parafernales sanciona el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, sería un grave atentado al principio de seguridad jurídica, donde la mayor parte de la contratación vendría reflejada en el Registro con la posible amenaza de poder ser impugnada por una esposa que en su día no prestó su "asentimiento" a un acto realizado por el marido. Ello supondría una paralización "registral" de la contratación, la cual acudiría al documento privado, interrumpiendo tractos, provocando inseguridades, burlando al fisco, etc.

Po: todo ello, con recto criterio, la Dirección dice que entre bienes parafernales y gananciales existen ciertas diferencias. Un supuesto es de propios y otro de bienes comunes. El artículo 94 del Reglamento Hipotecario es de carácter excepcional y está en concordancia con los 1.300 y 1.301 del Código Civil, preceptos todos ellos que, como dijo Escrivá de Romaní, no habían sido alterados por la reforma de 1958.

Nosotros habíamos ya anticipado esta solución que ahora ratifica la Resolución que comentamos, advirtiendo la gran inseguridad que la inscripción de esos actos anulables podían provocar y dando, para el caso de que quisieran ser inscritos, la solución de la "anotación preventiva" por defecto subsanable o la creación de un "asiento de carácter similar", o bien, como apuntó Escrivá

de Romaní, someter el acto a la condición suspensiva de que recaiga la autorización “uxoris”.

En alguna otra ocasión he comentado la desafortunada influencia que en la elaboración de las leyes tienen la urgencia y la baza política. Cuando el país aún no había madurado “económica, sociológica y universitariamente” se abre la puerta de la “realización” “uxoris” y lo que aparentemente parecía un gran beneficio que añadir al gran matriarcado de los “gananciales”, se convirtió en complicadas trampas jurídicas que entorpecen la contratación y perjudican los intereses de las mujeres. Al gran éxito sicológico de la “conquista” hay que aportar la complicación jurídica de sus consentimientos. Aquellas alegrías traen ahora “selectividades”, restricciones y exigencias. Debe pensarse antes de un nuevo paso que el trato de igualdad es “ideal a conseguir”, pero mientras eso llega el mayor privilegio legal que uno puede ostentar es ser “protegido”, como las viviendas de carácter oficial.

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### 1. La nulidad de una cláusula de elevación de la renta en un arrendamiento de local de negocio.

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de junio de 1973)*

**SUMARIO:** 1. La elevación pactada de la renta entendida como estabilización.— 2. Los preceptos normativos que permiten el establecimiento de cláusulas de estabilización.—3. El problema de la validez de las cláusulas de elevación de la renta según el Tribunal Supremo.

### I. LA ELEVACION PACTADA DE LA RENTA ENTENDIDA COMO ESTABILIZACION

Ante un estado de persistente inflación, los particulares, y muy concretamente los acreedores de dinero, tienden a emplear cada vez más en sus contratos de trato sucesivo aquellas cláusulas especiales por las que tratan de defender el poder adquisitivo de la suma o cantidad que se les debe por sus deudores. Tal es el caso de los arrendadores cuando llevan a cabo una locación urbana, sea de vivienda, de local de negocio o bien de un arrendamiento de industria.

Sin embargo, se hace ya frecuente que dichos arrendadores, cuando no han tenido la asesoría suficiente para redactar sus contratos, no acierten a plasmar aquella cláusula o pacto que se encuadre o discurra debidamente por los canales normativos permisivos del ordenamiento civil especial, como sucede en el caso de autos respecto de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente (1964).

A la persona ajena a una especialidad y sus concreciones, podrá parecerle un "bizantinismo" aquello de que por el simple empleo de una palabra y no de otra de análogo significado, o que conduce simplemente al mismo efecto, pueda dar al traste con sus intenciones, que, por lo demás, se le antojan semejantes con las empleadas por otras personas, quienes más avisadamente logran aquél resultado al que aspiran, cual es el de recibir una saneada renta. No obstante, a esa persona no letrada hay que ayudarle a comprender que no se trata de meros formalismos ni tampoco de un afán cientifista, ni mucho menos de un capricho, sino de precisar concretamente lo querido por una parte contratante, si bien respetando la reciprocidad de los derechos de la otra a fin de que se cumpla la justicia distributiva en ambas. De aquí, la necesidad de emplear el vocablo necesario para que la voluntad de las partes se exteriorice con la suficiente comprensión y exactitud para que en las relaciones patrimoniales privadas se logre dicha justicia distributiva.

Es frecuente que los arrendadores, al intentar llevar a sus contratos de inquilinato, o de locales de negocio, una "cláusula de estabilización" de la renta, con la finalidad de que permanezca actualizada ante los cambios de la coyuntura económico-monetaria, no logren concretarla debidamente a causa del incorrecto empleo de una sola de sus finalidades y palabras, como "incrementar", "aumentar" o "elevar" dicha renta, con lo cual se está incurriendo en un error de desnaturalización respecto a la cláusula estabilizadora deseada, la cual, si es lícita y considerada como válida por el ordenamiento y la jurisprudencia es debido a sus efectos bilaterales para arrendador y para arrendatario, y no exclusivamente en favor de uno de ellos, como lo será al querer solamente el aumento, la elevación o el incremento de la renta, porque, entonces, lo es únicamente en beneficio del arrendador. En cambio, cuando en la cláusula o pacto se han empleado las palabras que denoten la "variación" "adecuación" o "estabilización", tanto el arrendador como el arrendatario se están concediendo, no unilateralmente, sino recíprocamente, derechos y posibilidades, se están repartiendo los riesgos futuros que, por tanto, son dependientes de algo todavía incierto como es la variabilidad del precio del índice económico elegido por ellas, cuyos efectos pueden redundar bilateralmente, recíproca o equitativamente para cada una de las mismas.

Lo que sucede —y aquí está el engaño aparente, o causa del error que ciertos arrendadores vienen sufriendo— es que la inflación de los tiempos que corremos resulta dominante y es casi permanente; apenas si hemos visto y padecido una recesión o deflación y cuando la ha habido resultó ser de escasa duración, muy breve en el tiempo. Por esto, la aplicación de una cláusula de estabilización en el arrendamiento durante una época inflacionista implica siempre una subida o tiene un efecto constante de elevación, aumento o incremento de la renta, sea cual sea el índice económico elegido como parámetro de aplicación en la relación de precios (renta-índice).

Así, resulta que un arrendador desprevenido, al confiarse solamente en el efecto de subida que supone el empleo de la cláusula estabilizadora —aunque no es el único en ella al cambiar las circunstancias, resultando de bajada en una coyuntura deflacionista— no pone el cuidado que debe para redactar la cláusula o pacto que añade a su contrato de arrendamiento, resultando exclusivamente una mera elevación de la renta, pero no una cláusula de estabilización de ella.

Hay una diferencia, pues, entre ambos pactos o cláusulas transcritas que se presenta clara y rotunda: mientras que en las "cláusulas de estabilización" de la renta se tiende a proclamar un efecto bilateral para ambas partes, de acuerdo con la naturaleza jurídica de su contrato, igualmente bilateral, comunitativo y oneroso, en las meras "cláusulas de elevación" de la renta sólo se produce un efecto unilateral o parcial en exclusivo beneficio del arrendador, por lo que se carece del necesario carácter comunitativo para ambas partes contratantes, en definitiva, en perjuicio del arrendatario.

Debido a esto, el empleo del término adecuado, de la palabra que expresa la voluntad de las partes, sea muy importante para la tarea jurídica de interpretación y realización del Derecho. En la Sentencia del 16 de junio de 1973, al exponer el contenido de los hechos y las pretensiones expuestas por las par-

tes, considerando la cláusula redactada en su contrato, se advierte el error en que éstas incurren, si lo deseado efectivamente fue una cláusula de estabilización como se supone al haber elegido el "índice general del costo de vida referido a Madrid". Sin embargo, al declarar el solo efecto de subida o incremento de la renta, el pacto supone una mera cláusula de elevación de la renta, como resulta efectivamente, y no de estabilización.

En cuanto prueba de la distinción, el juzgador transcribe el texto de la cláusula pactada, donde se hace patente que no se trataba de una cláusula estabilizadora, sino de un pacto de mera elevación de la renta. Las partes habían establecido que "la renta se incrementará cada dos años en la cuantía que suba el índice general del coste de vida, referido a Madrid, según los datos del Instituto Nacional de Estadística, por lo que la primera revisión será el primero de junio de mil novecientos sesenta y nueve". No cabe duda de que, al manifestar solamente "incremento" de la renta y al precisar que será la cuantía en que "suba" el índice general del coste de vida, no supuso una cláusula de estabilización, puesto que siempre su efecto es bilateral para ambas partes, mientras que aquí solamente se quiso el incremento o subida para el arrendador sin que se diesen otras posibilidades para el arrendatario.

Los jueces y tribunales, al valorar las conductas humanas, sus negocios jurídicos, lo hacen con arreglo a la expresión de las voluntades de aquéllas; si estas voluntades no se adecuan a lo ordenado dispositiva o facultativamente por el ordenamiento jurídico común y especial las consecuencias resultantes son de ilicitud e invalidez de sus actos. Examinemos, pues, cuáles son los preceptos concretos que dan base para la validez de las cláusulas de estabilización en los arrendamientos y aquellos otros que no permiten la mera elevación unilateral de la renta en el inquilinato, como en los locales de negocio.

## 2. LOS PRECEPTOS NORMATIVOS QUE PERMITEN EL ESTABLECIMIENTO DE CLAUSULAS DE ESTABILIZACION

Arrendador y arrendatario añaden en su contrato un pacto al amparo del precepto general de Derecho común, proclamado en el artículo 1.255 del Código civil para la contratación, según el cual los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público. Dicho pacto consiste en que la renta, cada dos años, se incremente con arreglo a un índice del coste de la vida. Dado que la autonomía de la voluntad de las partes, en cuanto al precio o renta del arrendamiento, se ratifica en la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente (1964), en su artículo 97, al proclamar que la pueden establecer libremente e, incluso, en el artículo 98, al permitir "que pueda ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes", el arrendador creyó suficiente con ello —al menos en los escritos de su defensa— poder invocar el cumplimiento de lo expresamente pactado (art. 1.258 del Código civil) y su obligatoriedad al concurrir las condiciones esenciales para su validez (art. 1.278 del Código civil).

Sin embargo, en el acuerdo inicial, pacto o cláusula del contrato de arrendamiento de local de negocio no era propiamente bilateral (como se demuestra

en la mayoría de los casos, al tratarse casi siempre de una imposición de los acreedores o arrendadores avisados en tiempos de inflación), ni tampoco sus efectos eran bilaterales, ya que la contraprestación estaba solamente dispuesta en beneficio exclusivo de la parte arrendadora. Por tanto, cuando el artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos permite que la renta pueda ser objeto de aumento o reducción por acuerdo de las partes, no lo es *a priori*, en el momento de la contratación, sino con posterioridad, o sea, durante su vigencia.

Tampoco el arrendatario aceptó una cláusula de estabilización o de actualización de la renta, según quiso hacer ver el arrendador en sus escritos ante los tribunales al fundamentar sus pretensiones. Si se tratase realmente de una cláusula de estabilización, entonces, verdaderamente se hubieran dado los efectos consiguientes de la aplicación del "índice general del costo de la vida referido a Madrid", sin necesidad de decir que la renta se incrementaría cada dos años; pero, como solamente se trataba de una mera cláusula de elevación de renta, el arrendatario no fue contra sus propios actos, simplemente ponía en evidencia lo que, quizás, en principio no advirtió o no creía fuese inválido, al entenderlo también como una cláusula estabilizadora y no realmente como una simple elevación de la renta. Más sospechoso de su incredulidad es que el arrendador haya dejado de invocar como fundamento de su cláusula o pacto el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, donde se reconoce facultativamente a las partes para que puedan establecer en sus contratos de arrendamiento un "sistema de actualización" de las rentas.

Desde que la nueva redacción de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 permite a las partes contratantes, bilateral y voluntariamente el empleo de un sistema de actualización, las cláusulas estabilizadoras adquieren su más pleno reconocimiento y efectos que se compagina con el otro sistema de actualización legal, o de revisiones de la renta por parte del legislador.

El sistema de actualización voluntariamente contraído viene apoyado más que en los preceptos generales de la contratación del Código civil en los preceptos especiales de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al permitir concretamente la renuncia de ciertos "beneficios" que, como el de la renta, todavía, en parte, mantienen una situación privilegiada para los arrendatarios (art. 6 LAU).

Resulta, pues, que sólo en base a esta normativa específica, las partes podrán pactar cláusulas de estabilización o de actualización de la renta que responden a criterios de equidad, sin que se desnaturalice la esencial bilateral, conmutativa y onerosa del contrato de arrendamiento, sancionando, por el contrario, aquellos otros pactos o cláusulas que traten de simular otras finalidades, aparentando lo que no son, o que traten de abusar de las facultades otorgadas con un exclusivo provecho egoísta de enriquecimiento injusto, según tiene puesto de relieve la jurisprudencia en otros casos.

### 3. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LAS CLAUSULAS DE ELEVACION DE LA RENTA SEGUN EL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo si bien ha sabido distinguir con claridad y certeza cuándo las partes han estipulado en sus contratos una "cláusula de estabilización" de la renta y cuándo se trata de una mera "cláusula de elevación" de la

misma, esclareciendo al propósito que en éstas últimas se produce una progresión contraria a las cláusulas actualizadoras, al haber un designio de elevar la renta de una manera fija, constante e indefinida, lo cual es un manera de burlar la irrenunciabilidad a la prórroga del contrato (SS. 1 abril 1965, 2 febrero 1966 y 7 febrero 1970), en cambio, no ha mantenido una línea firme y consecuente con arreglo a esta distinción a la hora de declarar su licitud o validez, su ilicitud o nulidad.

En principio estas cláusulas, por las que se pactaba la elevación de la renta en un contrato de arrendamiento de local de negocio, "según la marcha del negocio", fueron declaradas como válidas (S. 16 octubre 1956), al igual que en el caso en que pasados los tres años de duración del arriendo, a los cinco años de prórroga se elevaría la renta en un 25 por 100 sobre la anterior y así sucesivamente (S. 18 febrero 1957) (1). Posteriormente, bajo la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, también se juzgan como válidas las estipulaciones que implican las revisiones periódicas de la renta de un local de negocio que se llevarán a cabo cada cinco años (S. 31 enero 1962), o según el cual, a los cinco años la renta quedaría aumentada en un 3 por 100 (S. 17 junio 1964); igualmente, se declara su validez cuando la renta de un local de negocio deba elevarse en igual proporción que el módulo consistente en el "precio de coste del metro cuadrado y planta de construcción de edificios de primera calidad", si sufriese un alza del 10 por 100 (S. 20 diciembre 1972).

Después de la reforma llevada a cabo por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, el Tribunal Supremo admitía para otro local de negocio como válida una elevación de la renta debido a que no estaba determinada de una manera fija, constante e indefinidamente, puesto que sólo alcanzaba un tope predeterminado (S. 18 febrero 1971). Igualmente, en otro caso de arrendamiento de local de negocio, se admitía como válida la cláusula según la cual la renta pactada se incrementaría si "el coste de la vida en Madrid se hubiera incrementado en más de un 10 por 100" (S. 21 abril 1972). Por último, nuestro más alto Tribunal declara legal el aumento de la renta para otro local de negocio, argumentando que "según el contenido de la estipulación tercera del contrato de arrendamiento, los aumentos de la 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 noventa y siete de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ni con la doctrina de esta Sala al interpretarlo" (S. 23 abril 1973).

Frente a estos criterios de matización, en otras ocasiones el Tribunal Supremo se vuelve más enérgico, siendo suficiente que se pacte un aumento de la renta para que el pacto sea nulo, al considerar que falta la finalidad de estabilización del arrendamiento; su postura contradictoria se mantiene también a través de ambos ordenamientos especiales de arrendamientos.

Vigente la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, el Tribunal Supremo mantiene que, en un local de negocio con cláusula de elevación de la renta, lo pactado no supone una cláusula de estabilización, sino una revisión periódica

(1) Véase, D. P., *Observaciones a la Sentencia de 18 de febrero de 1957*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, X-1 (1958), p. 347; SOTO NIETO, *Derecho vivo. Jurisprudencia comentada*, I (Madrid, 1970), p. 406.

con un aumento constante, fijo e indefinido, además que la renta pactada ha de ser estable y las elevaciones posteriores no pueden ser objeto de pacto (S. 23 febrero 1963) (1). Igualmente, para otro arrendamiento de local de negocio con una cláusula que estipulaba el aumento periódico, cada dos años, del 5 por 100 de la renta pactada, consideraba que no era de estabilización, puesto que no se atemperaba a ningún módulo o fórmula, suponiendo un aumento periódico e indefinido, fijo y progresivo, contrario a la Ley (S. 2 febrero 1966) (2). Por la misma razón declaraba nulo el pacto de elevación progresiva de la renta de un local de negocio en cien mil pesetas al año (S. 7 febrero 1970).

A pesar de la liberalización que la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 trae para la materia de la renta, el Tribunal Supremo radicaliza la distinción entre el sistema de actualización de carácter voluntario que admite para las partes contratantes de un modo expreso y concreto (art. 100, párrafo primero, *in fine*) y las cláusulas o pactos de elevación de la renta. Así, para un arrendamiento de local de negocio declaró terminantemente que "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 ellas para el supuesto contrario en que baje el coste de la vida o el importe de los salarios o el valor de los artículos o índices que se fijen como módulos reguladores" (S. 21 diciembre 1970). Idéntico criterio, reproducido literalmente, lo adopta la actual Sentencia del 16 de junio de 1973, invocado, fundamentalmente, como "Jurisprudencia de esta Sala".

Ante las posiciones anteriores del Tribunal Supremo, contradictorias con estas últimas, nos obliga a preguntar, ¿cuáles forman la jurisprudencia de esa Sala? Los arrendadores de viviendas y locales de negocio, ante la duplicidad de interpretaciones sobre la validez y nulidad de estas cláusulas o pactos de elevación de la renta, se encontrarán un tanto perplejos en el momento de plasmarlas en sus contratos o de abstenerse de ellas. Donde no parece que hay dudas interpretativas para el Tribunal Supremo es cuando dichas cláusulas impliquen una elevación "fija, constante e indefinida de la renta"; en cambio, su criterio se muestra dubitativo cuando el aumento o elevación no sea indefinido y tenga unos límites en el tiempo frente a otras posturas en las que basta sólo que se pacte un aumento, "sea el que sea".

En materia de cláusula de elevación de la renta, a mi juicio, es acertada la posición intermedia del Tribunal Supremo en la que caben matices y distinciones cuando el alza o aumento viene condicionado por la buena fe, por la moderación y las limitaciones pactadas (no "indefinidamente") que revelan

(1) Cfr. BONET CORREA, *Cláusula de revisión periódica en un arrendamiento de local de negocio*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, XVI-3 (1963), p. 885 ss.; SELFA PEDRÓS, *Cláusulas de estabilización y variabilidad periódica sobre la renta en los arrendamientos urbanos. Su nulidad*, en *«Revista General de Derecho»*, 236 (1964), p. 362 ss.; SOTO NIETO, *Derecho vivo*, cit., p. 409.

(2) Cfr. SOTO NIETO, *Derecho vivo*, cit., p. 413.

un ánimo no fraudulento en cuanto a evadirse de la prórroga forzosa del arrendamiento, actualmente el "beneficio" de carácter imperativo que puede justificar la nulidad de aquel pacto que trate de contradecirlo, aminorarlo o que pretenda soslayarlo.

Además, las cláusulas de elevación de la renta admitida con este condicionamiento resultan más en línea con los principios de autonomía de la voluntad restablecidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, donde se admite la libertad contractual para la estipulación de la renta (art. 97), así como una duplicidad de sistemas: el de la "revisión legal" de la renta (se adaptarán cada dos años las rentas en período de prórroga a las variaciones del coste de la vida, mediante Decreto (art. 100, párrafo primero) y el de una actualización voluntaria "otro sistema de actualización" (art. 100, párrafo primero, *in fine*), es decir, mediante cláusulas de estabilización o de mera elevación de la renta (no indefinidamente).

Ante la persistencia de la inflación, el Tribunal Supremo debe ser más prudente ante las posturas radicales e inclinarse, según tiene demostrado en otras ocasiones, por soluciones generosas cuando la evidencia de la buena fe, la falta de abuso y la modalidad del pacto contribuyen a equilibrar la conmutabilidad de las prestaciones del contrato, sobre todo cuando dicha elevación se adecua a un índice, como el del "costo general de la vida" que el propio legislador adopta y que efectivamente aplica con la misma periodicidad que el caso de autos pactaba. Si el Tribunal Supremo es un poder crítico, más que una tercera instancia, la prudencia no está en los dogmatismos a ultranza y sí en una justicia conmutativa, tal como en esta misma materia lo tiene demostrado para otros casos análogos.

JOSÉ BONET CORREA

## 2. La validez de una cláusula de elevación de la renta en un local de negocio.

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
del 26 de diciembre de 1973)*

SUMARIO: 1. La modalidad de contratación locaticia mediante el pacto de una cláusula de elevación de la cuantía de la renta, periódica y progresivamente, durante un plazo de tiempo limitado.—2. La cuestión de la validez de una cláusula de elevación de renta en función del derecho irrenunciable a la prórroga forzosa.—3. El criterio jurisprudencial mantenido para las cláusulas de elevación de la renta en los locales de negocio.

### 1. LA MODALIDAD DE CONTRATACION LOCATICIA MEDIANTE EL PACTO DE UNA CLAUSULA DE ELEVACION DE LA CUANTIA DE LA RENTA, PERIODICA Y PROGRESIVAMENTE, DURANTE UN PLAZO DE TIEMPO LIMITADO.

Entre la serie de modalidades que la autonomía de la voluntad de las partes plasma en sus contratos, actualmente se hace evidente una muy concreta, como es la que fue objeto de recurso de casación por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1973, por lo demás, análoga a otra que el propio Tribunal tuvo que decidir en Sentencia de 18 de febrero de 1971 (1), igualmente, a propósito del pacto de una cláusula de elevación de la renta para un contrato de arrendamiento urbano de local de negocio.

El primero de mayo de 1962 se otorga un contrato de arrendamiento de local de negocio en el que ambos contrayentes pactan, en su cláusula tercera y cuarta, que el plazo de duración contractual es de veinte años con una renta tope de 12.075 pesetas mensuales, partiendo de la renta de 8.625 pesetas mensuales desde la entrada en vigor del contrato, con sucesivas elevaciones de 1.150 pesetas cada cinco años, hasta alcanzar la cifra tope citada.

En 31 de diciembre de 1968 se formaliza una adición al primitivo contrato con las siguientes modificaciones: primero, se mantiene el plazo de duración contractual de veinte años que comienzan a contarse desde el 31 de diciembre de 1968 y finaliza el 31 de diciembre de 1989; segundo, se establece una renta mensual máxima o tope de 45.000 pesetas, partiendo de una renta inicial de 15.000 pesetas mensuales, con elevaciones anuales progresivas de 1.500 pesetas, hasta alcanzar el tope fijado.

---

(1) V. nuestro estudio, *Arrendamiento de local de negocio con cláusula de elevación de la renta*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, XXV-4 (1972), p. 1245 ss.

Posteriormente, el arrendatario se niega a pagar los aumentos de la renta y formular demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, a fin de que se declare nula y sin valor alguno la cláusula de elevación de renta progresiva y uniforme, debiéndosele reintegrar las cantidades indebidamente percibidas a partir de primero de enero de 1969. Admitida la demanda, el Juez dicta Sentencia con fecha 9 de junio, por la que desestima la demanda, absolviendo de la misma al demandado o propietario del local de negocio.

Contra la Sentencia del Juzgado se interpuso recurso de apelación por la representación de ambas partes litigantes, que fue admitido en ambos efectos. Tramitada la alzada, la Sala de la Audiencia Territorial, con fecha 20 de diciembre de 1972, dicta Sentencia cuyo fallo dispone la revocación de la Sentencia de instancia en lo necesario y estima la demanda inicial, por lo que en su virtud declara nula y sin valor alguno la cláusula de elevación de renta progresiva y uniforme que se señala en el número tres de la adición al contrato de arrendamiento de fecha de 1 de mayo de 1962 y adición fecha 31 de diciembre de 1968, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración y a reintegrar al arrendatario las cantidades indebidamente percibidas a partir de primero de enero de 1969 y que se fijarán y liquidarán en período de ejecución de Sentencia.

El propietario del local de negocio, a través de su representación, plantea ante el Tribunal Supremo recurso de injusticia notoria. Este alto Tribunal considera la cuestión de la renta como uno de los problemas fundamentales debatidos en el pleito y casa la Sentencia de instancia para este extremo en cuanto juzga que hay "interpretación errónea del artículo 97 de la Ley (LAU) y del artículo 1.255 del Código civil, así como aplicación indebida del artículo 4.<sup>º</sup> del mismo Código y, en el segundo de los mencionados, la violación del párrafo 3.<sup>º</sup> del artículo 6.<sup>º</sup> y del 57 de la Ley locaticia, y es procedente la estimación de ambos motivos, pues, como dice la Sentencia de este Tribunal de 18 de febrero de 1971, efectivamente, según el artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la renta de los locales de negocio «será la que libremente estipulen las partes, aunque hubieran sido ocupados con anterioridad a esa fecha», y si bien ese precepto hay que ponerlo en relación con el artículo 57 de la misma Ley, que establece en beneficio del arrendatario el derecho de prórroga, no hay que perder de vista que este derecho en sí y la posibilidad de su ejercicio no nace hasta que se ha cumplido el plazo por el que libremente entre las partes se ha convenido el arrendamiento, con renta determinada; es por ello por lo que la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 21 de diciembre de 1970, 24 de junio de 1971 y 6 de junio de 1973, entre otras) con objeto de evitar que dicho derecho pueda quedar burlado, sienta la doctrina de que cuando la cláusula de elevación progresiva de renta supone un incremento constante, fijo e indefinido, ha de considerarse inválida, por afectar al derecho irrenunciable de prórroga, pero no es éste el caso de autos, porque, no obstante, el dilatado plazo pactado para que termine el arriendo, dicho plazo tiene un definido tope final y, aunque la renta es progresiva, el aumento periódico ni es desproporcionado ni indefinido, sino que tiene un límite tajante, al finalizar el plazo contractual, a partir del cual empezará a regir en toda su pureza el principio de prórroga forzosa; hipótesis muy similar

a la tratada con igual criterio, en la Sentencia de esta Sala, antes mencionada, de 18 de febrero de 1971, confirmada entre otras por la de 23 de abril de 1973". Por tanto, el Tribunal Supremo concluye considerando que "procede declarar válida la cláusula cuarta del contrato de arrendamiento vigente entre las partes, de 31 de diciembre de 1968, en el que se establece un plazo de duración de veinte años y una renta que, empezando en las 15.000 pesetas mensuales para el primer año de vigencia, se estabiliza en 45.000 pesetas para el año vigésimo, y como ésta es la tesis aceptada por la Sentencia de primer grado, a ella es procedente atenerse".

La atención que merece esta Sentencia resulta de la precisión que viene a establecer, en la cuestión interpretativa planteada por las cláusulas de elevación de la renta, acerca de su validez o invalidez, cuando se hace de un modo determinado, progresivo, pero no indefinidamente, sino dentro de un término concreto. El matiz tiene una repercusión fundamental porque con ello no se impiden, ni se defraudan al arrendatario, los derechos o beneficios irrenunciables de que dispone, según la legislación especial arrendaticia, pudiéndolos ejercer libremente en el momento de la conclusión del contrato.

Al recordar el propio Tribunal Supremo la resolución de un caso similar, con esta segunda Sentencia se sienta doctrina de buena ley que merece ser comentada y distinguida.

## 2. LA CUESTION DE LA VALIDEZ DE UNA CLAUSULA DE ELEVACION DE RENTA EN FUNCION DEL DERECHO IRRENUNCIABLE A LA PRORROGA FORZOSA.

La legislación de arrendamientos urbanos, desde que fue implantada como ordenamiento especial que difiere de la legislación común regulada por el Código civil, establece principalmente dos "beneficios" de carácter imperativo en favor del arrendatario: el concerniente a la fijación o bloqueo de la renta contractual y el de la prórroga forzosa del contrato.

Sabido es que las sucesivas reformas, que fueron acometiéndose a impulsos de un mejoramiento de las circunstancias favorecedoras de la construcción y del crédito urbanístico, con la correspondiente abundancia de viviendas y locales, hicieron innecesarios por más tiempo los derechos de carácter legal otorgados a los arrendatarios, al menos, con esa impronta de exigencia de irrenunciabilidad, a fin de evitar abusos en los intereses de las partes contratantes.

Superadas aquellas circunstancias, la etapa radicalmente protecciónista del arrendatario fue sustituida, o al menos neutralizada, por otra más acorde a la mejoría del mercado de viviendas y locales, donde se deja a la autonomía de las partes, con carácter potestativo la fijación de la renta, tanto para el plazo pactado como para el que pueda ampliarse unilateralmente por el ejercicio del arrendatario mediante el beneficio de prórroga forzosa.

Ahora bien, si de nuevo se reconoce a los contratantes una autonomía en cuanto al establecimiento de una renta libremente estipulada (art. 97 LAU), no obstante, se sigue manteniendo el privilegio de la prórroga contractual una vez concluido el término pactado del arrendamiento, tanto si se trata de

viviendas como de locales de negocio (art. 57 LAU 1964). Por tanto, la relación que surge entre el principio de la libertad de pacto de la renta y el principio de la prórroga forzosa se vuelve condicionante en un aspecto concreto y determinado: que la renta pactada pueda encarecerse de un modo tal que, llegado el día del vencimiento contractual, el arrendatario se vea imposibilitado a ejercitar su derecho de prórroga en vista de lo elevada que resulta la cuantía de la renta a pagar.

La relación que se establece entre el beneficio de la prórroga forzosa del arrendatario y la autonomía para pactar una renta libre, encuentra su expresión y límites en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la llamada "ecuación prórroga-renta", la cual tiene por objeto tomar en cuenta los límites de ejercicio de esa autonomía en cuanto a la renta, a fin de que se mantenga una equivalencia de intereses por la prestación pecuniaria, impidiendo que suponga un exceso para el arrendatario y un abuso por el arrendador, consecuencia que conseguiría el efecto indirecto de lograr un desistimiento del arrendatario respecto a permanecer ligado a su contrato (SS. 23 febrero 1973, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 7 febrero 1970, 24 junio 1971, 25 enero y 23 abril 1973).

Ahora bien, ante el hecho de la inflación imperante, los arrendadores, con objeto de que la cuantía de su renta en dinero no deje de contener el poder adquisitivo con que aparece el día inicial de la contratación, acuden a pactar con sus arrendatarios una cláusula contractual, por la cual se pueda prever aquella pérdida de poder adquisitivo de la moneda, a fin de no sufrir sus consecuencias y de que no se dañen sus intereses económicos. Con el objeto de que este pacto fuese comunitativo, equivalente y justo, las partes acuden a establecer unas cláusulas estabilizadoras, mediante las cuales atenuarán las alteraciones monetarias en sus movimientos, tanto inflacionistas como deflacionistas, de un modo bilateral y equitativo, eligiendo un índice económico cuyo valor sensible y cambiante refleje aquel poder adquisitivo de la moneda y sea objeto de relación contable en función del precio o renta establecida inicialmente en el contrato. De este modo, y en los plazos de tiempo convenidos, llegada o no la prórroga del contrato, se concretará la cuantía de la renta a pagar sin que su alza (ante la inflación), o su baja (por una deflación) suponga un beneficio exclusivo para el arrendador o un perjuicio para el arrendatario, ya que el poder adquisitivo de la nueva cuantía de la renta en dinero estará en relación con los precios del nivel de vida.

Estas cláusulas estabilizadoras, si en un principio fueron discutidas doctrinal y jurisprudencialmente, concluyeron por admitirse hasta legislativamente.

Más dudosas en cuanto a su validez contractual, dado su carácter unilateral por el resultado que obtiene exclusivamente el arrendador, se han presentado las cláusulas de mera elevación de la renta. Justificadas en cuanto a su equidad dentro de un proceso inflacionista, se tornan injustas y desmesuradas en la equivalencia de las prestaciones ante una recesión o coyuntura deflacionista; su progresividad en el alza de su cuantía, como su indeterminación en el tiempo al serlo indefinidamente, han provocado que sean rechazadas como nulas; sin embargo, aún caben ciertos matices cuando aquellas notas son corregidas, tal como se han planteado ante el Tribunal Supremo.

### 3. EL CRITERIO JURISPRUDENCIAL MANTENIDO PARA LAS CLÁUSULAS DE ELEVACION DE LA RENTA EN LOS LOCALES DE NEGOCIO.

El carácter unilateral de las cláusulas de elevación de la renta, en cuanto sólo suponen un efecto en consideración del arrendador, fue visto con nitidez desde sus comienzos por el Tribunal Supremo, distinguiéndolas de las cláusulas estabilizadoras.

A partir de la Sentencia de 1 de abril de 1965, se dice que por ser estas cláusulas de elevación de la renta una progresión contraria a las cláusulas estabilizadoras van contra la equivalencia de las prestaciones, pues su designio es elevar la renta de una manera fija, constante e indefinidamente, siendo a la vez una manera de burlar la irrenunciabledad a la prórroga del contrato; como consecuencia, el Tribunal Supremo declara su nulidad (SS. 2 febrero 1966, 7 febrero 1970, 24 junio 1971, 25 enero y 13 junio 1973).

Sin embargo, cuando esas mismas cláusulas de elevación de la renta en un contrato de arrendamiento urbano de local de negocio se establecen con unos límites temporales respecto al término pactado, el Tribunal Supremo no deja de reconocer que son válidas, de acuerdo con los principios de autonomía de la voluntad establecidos en el ordenamiento común (art. 1.255 Código civil) y de nuevo recuperados en el ordenamiento especial locaticio (arts. 6, 97 y 98 LAU 1964).

Además, estas cláusulas de elevación de la renta, a las que las partes han puesto un término y una elevación concreta y determinada, no entran en colisión ni se oponen a la llamada "ecuación prórroga-renta", ya que, en opinión del Tribunal Supremo, no se hace ilusoria la prórroga contractual del arrendatario, puesto que al haberse pactado un tope predeterminado "no se debe perder de vista que este derecho en sí y la posibilidad de su ejercicio no nace hasta que se ha cumplido el plazo por el que libremente entre las partes se ha convenido el arrendamiento, con renta determinada" (SS. 18 febrero 1971 y 26 diciembre 1973).

Es éste, pues, el matiz que reitera la presente Sentencia del 26 de diciembre de 1973, al distinguir entre aquellas cláusulas de elevación de la renta "que elevan la renta de una manera fija, constante e indefinidamente" de aquellas otras cuya renta, si bien concretada su elevación de una manera "fija y constante", no obstante, dicha elevación tiene un tope en el tiempo, al no serle indefinidamente, sino tan sólo en cuanto alcanza a la duración del contrato de arrendamiento (cinco, diez o veinte años, como en el caso de autos).

El Tribunal Supremo, con estas dos Sentencias del 18 de febrero de 1971 y del 26 de diciembre de 1973, viene a introducir un matiz doctrinal en cuanto a la validez de estas cláusulas de elevación de la renta que, sin él, suele declararlas nulas. La doctrina legal considera que, por una parte, no habiéndose cumplido el plazo contractual, todavía no imposibilita el derecho de prórroga forzosa del arrendatario y, por tanto, no lesiona u obstruye este beneficio; por otra parte, la libertad o autonomía de las partes para fijar la renta contractual contribuye a que puedan ser mitigados los efectos inflacio-

nistas en cuanto al poder adquisitivo del precio o renta pactada con cláusula de elevación.

Las cláusulas de elevación de la renta en los contratos de arrendamiento locativo (viviendas o locales de negocio) tienen, pues, el riesgo de ser declaradas como nulas, o no puestas, cuando su modalidad sea fijar la renta de una manera fija, constante e indefinida.

En cambio, ese riesgo disminuye si las partes prevén que dicha renta contractual, elevándose progresivamente, tan sólo lo hace durante la vigencia o término pactado del contrato. Aquí las razones o fundamentos legales se basan en las disposiciones potestativas del ordenamiento común y especial de arrendamientos, tanto como en el restablecimiento equitativo que produce la elevación de la cuantía de la renta frente a la inflación que deteriora el poder adquisitivo del dinero. Pero, en cambio, corre el riesgo de que esta cláusula de elevación de la renta sea declarada como nula cuando se produzca una deflación por faltar a la equivalencia de las prestaciones contractuales, con el consiguiente beneficio para el arrendatario.

De donde resulta que el arbitrio judicial puede moderar la voluntad de las partes cuando sus conductas no han sido adecuadas a los principios y normas de justicia distributiva y comunitativa que rigen el orden civil de las relaciones privadas.

JOSÉ BONET CORREA

## II. SENTENCIAS

A cargo de Jesús DIEZ DEL CORRAL, Juan de Dios DOVAL DE MATEO, Gabriel GARCIA CANTERO, Angel LUCINI CASALES, José PERE Y RALUY.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte General

**DOCTRINA LEGAL:** *Una sola sentencia no constituye doctrina legal.*

**INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS:** *En la interpretación de los negocios jurídicos debe prevalecer el criterio del Tribunal "a quo".* (S. 23 noviembre 1973; no ha lugar).

#### 2. Derecho de la persona

**2. EXISTENCIA DE CONTRATO: ACTOS PROPIOS:** *No puede por menos de apreciarse que la petición de rendición de cuentas de la comunidad, a la que se dio lugar en el pleito anterior, el cobro de la parte correspondiente a su mitad de alquileres en el hotel que se apreció común en sentencia anterior y, sobre todo, el haber pedido, en procedimiento también anterior, las rentas del 1969 y 1970 y el cincuenta por ciento de la habitación a que se refiere una de las cláusulas del contrato, suponen actos de reconocimiento de la existencia del propio contrato que ahora se impugna, pidiendo se declare su inexistencia; tales actos revelan una conducta eficaz para la existencia del contrato que es incompatible con la pretensión que ahora se formula de su declaración de nulidad radical, por lo que ha de apreciarse que se han producido los hechos necesarios para que se aplique el principio de los actos propios; pues el cobrar las rentas fijas en el contrato, aunque las estimara en su petición superiores, da por supuesta la existencia del mismo, y no se puede actuar apoyado en un contrato y después pedir su nulidad radical.* (S. 28 febrero 1974; no ha lugar.)

**3. VENTA DE ACCIONES: RATIFICACIÓN:** *La ratificación, por su propia naturaleza, ha de ser cronológicamente posterior al negocio celebrado por el falsus procurator, y los documentos que se invocan para justificar la ratificación tácita carecen de aquella circunstancia temporal.* (S. 18 noviembre 1968; no ha lugar.)

### 3. Derechos reales

1. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *No tienen tal carácter a efectos de la casación los documentos que han sido objeto de especial examen por el juzgador, explícita o implícitamente.*

REVCACIÓN DE DONACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES: *Esta expresión, utilizada por el artículo 647 del Código civil, ha de interpretarse de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala, no en su sentido técnico, sino en el lugar de obligaciones que haya de cumplir el donatario.*

REVCACIÓN DE DONACIONES POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES: DEVOLUCIÓN DE FRUTOS: *Esta devolución, impuesta por el artículo 651 del Código, no puede extenderse, por no ser equiparable a aquel concepto, a lo adquirido con la cantidad donada ni a lo que esto produzca o hubiera podido producir: en el caso de autos, ni el piso adquirido, ni lo que se entienda producido por su uso y disfrute. (S. 19 octubre 1973; ha lugar.)*

2. COMUNIDAD DE BIENES: DIFERENCIA DE SIMPLE CONCURRENCIA DE TITULARIDADES JURÍDICAS SOBRE UN MISMO CONCEPTO: *La esencia de la comunidad de bienes requiere que los derechos que están en común sean de la misma e idéntica naturaleza, pues, de lo contrario se trataría de una simple reincidencia o concurrencia de titularidades jurídicas sobre un mismo objeto, pero no de comunidad en sentido estricto, que es lo que sucede en el caso en que concurren los derechos de propiedad y usufructo coincidentes en un mismo titular y sobre una misma cosa, pero sin que por ello pueda afirmarse que están en comunidad, por no poderlo estar estos derechos de naturaleza diferente.*

DURACIÓN DEL ARRIENDO: ARRIENDO VITALICIO: *La concesión de una prórroga arrendaticia conectada con la vida de la mujer del arrendatario crea un tipo de arrendamiento vitalicio que contraviene la esencia del arrendamiento que requiere el establecimiento de un tiempo determinado.*

ARRIENDOS RÚSTICOS POR ESPACIO DE MÁS DE SEIS AÑOS: MAYORÍA DE INTERÉS EN LA COMUNIDAD PARA SU VÁLIDO OTORGAMIENTO: *Al no tener quien arrendó más que la mitad en la copropiedad de la finca, carecía de la cualidad de mayoritario, lo que le impedía efectuar válidamente el acto discutido, consistente en el otorgamiento de un arriendo de finca rústica por tiempo superior a seis años.*

CARACTERÍSTICAS DE LA NULIDAD RADICAL DE UN ARRIENDO: *El arriendo, inválido por las razones indicadas en los apartados anteriores, lo es por nulidad absoluta o radical, a la que no es posible aplicar el régimen que,*

para la prescripción de acciones, establecen los arts. 1.301 y 1.969 en relación con el 1.300 todos del C. c. dictados para la anulabilidad o nulidad relativa.

**CASACIÓN: FORMALISMO: CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN:** *Es causa de desestimación la no expresión del concepto en que se reputa infringida una norma.* (S. 14 diciembre 1973; no ha lugar.)

**NOTA:** El arrendamiento había sido otorgado por quien sólo tenía la mitad del pleno dominio de la finca y un tercio en usufructo de la otra mitad, lo que, realmente no suponía que tuviera más de la mitad de la titularidad estrictamente dominical.

J. P. R.

#### 4. Obligaciones y contratos

**1. CONDICIÓN Y PLAZO EN LAS OBLIGACIONES: NO SE PRESUMEN Y EN TODO CASO SE HACEN INEFICACES POR LA CONDUCTA ULTERIOR:** *El artículo 1.114 resulta totalmente inaplicable en el supuesto aquí contemplado, tanto porque la existencia de condición en las obligaciones no se presume, como porque, aunque la misma se hubiera concertado, habría quedado sin efecto en virtud de la ulterior conducta de los litigantes, reseñada en los hechos, que el juzgador de instancia declara probados; sucediendo lo mismo con la pretendida transgresión del 1.125, al no hallarse justificado en autos se conviniera ningún plazo especial, y mucho menos que el mismo no hubiese transcurrido.*

**FACULTAD RESOLUTORIA DE LAS OBLIGACIONES: EL INCUMPLIMIENTO COMO CUESTIÓN DE HECHO:** *La facultad de estimar si se han cumplido o no las obligaciones recíprocas emanadas de los contratos, constituye una cuestión fáctica, encomendada a la libre apreciación de los Tribunales de instancia, cuyo criterio debe respetarse en este trance procesal, mientras no sea combatido bajo la rúbrica del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.*

**REQUISITOS DEL INCUMPLIMIENTO:** *Para el ejercicio de las acciones otorgadas por el artículo 1.124 del Código civil, no basta con cualquier incumplimiento, sino que es preciso que el mismo sea de importancia y trascendencia a la economía de los interesados o que el incumplidor haya procedido con voluntad deliberadamente rebelde y obstativa a la efectividad de sus deberes.*

**REDUCCIÓN DE PRECIO: INCONGRUENCIA: CAUCE PROCESAL ADECUADO:** *Al no haberse solicitado por la entidad demandada la reducción en el precio, su concesión por parte de la sentencia recurrida, entrañaría un vicio de incongruencia, con la consiguiente vulneración del artículo 359 de la L. E. C., y su subsanación ante esta Sala no se lograría con apoyo en el*

número 1.º, sino en el 2.º, del artículo 1.692, con lo que el motivo ha seguido un cauce procesal inadecuado y debe ser desestimado. (S. 7 noviembre 1973; no ha lugar.)

2. FUERZA PROBATORIA DEL DOCUMENTO PRIVADO: VIOLACIÓN POR NO APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1.227 DEL C. C.: CAUCE PROCESAL: EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS: *De conformidad con lo establecido en la sentencia de 14 de diciembre de 1970 es de apreciar: Primero) Que denunciándose la violación, por no aplicación, del artículo 1.227 del Código civil, este precepto como regulador que es de la fuerza probatoria que a los documentos privados puede asignársele en cuanto a terceros, no puede censurarse, en casación, sino a través del número 7.º del artículo 1.692, si se atribuyese al Tribunal de instancia, el haber incurrido en error de derecho en la valoración de la prueba. Segundo) Que, además, la fecha de estos documentos, no sólo surte efecto, con relación a quienes no hayan intervenido en ellos, en los casos previstos en el artículo 1.227, sino también, desde que su fecha quede adverada, por cualquiera de los medios establecidos por el artículo 1.215 del Código civil.*

TERCERÍA DE DOMINIO: DOCUMENTO PRIVADO COMO TÍTULO DEL TERCERISTA: AUTENTICIDAD: *El reconocimiento de la autenticidad del contrato arrendatario, hace que decaigan los dos motivos siguientes del recurso, puesto que están aplicados correctamente los artículos 436, 448 y 449 del Código y es caso distinto al presente, el que regula que, presentándose por el tercerista, como título, un documento privado, no puede perjudicar éste al ejecutante, sino desde la fecha de la interposición de la tercería.*

DEFECTOS DEL RECURSO: A) *En el motivo cuarto se actúa a través de dos números del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciar, como es el número 2.º y el 3.º, contra la prohibición del artículo 1.720 de la Ley procesal, que, en su segundo párrafo dispone que "si fueren dos o más los fundamentos y motivos del recurso se expresarán en párrafos separados y numerados". B) En el motivo quinto, no se dice qué artículo ha sido infringido, ni el concepto de la infracción, faltándose con ello al número cuarto del artículo 1.729 de la L. E. C. (S. 22 diciembre 1973; no ha lugar.)*

3. VENTA Y RETROVENTA SIMULADAS: PRÉSTAMO USURARIO: FACULTADES DE LA SALA EN ORDEN A LA CALIFICACIÓN: *No se trata en el caso de autos de interpretación de los contratos llamados de venta y retroventa, sino de la apreciación, en los mismos, de la simulación, estimando la Sala, por el resultado conjunto de las pruebas, que se trata de un contrato de préstamo usurario, lo que ha podido hacer al amparo del artículo 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908 y no es interpretación, pues los contratos hablan de venta y retroventa, pero la Sala aprecia, con su facultad legal, que se trata de un préstamo por estimar la simulación existente, encubriendo con la venta la verdadera causa del contrato, que fue préstamo con interés abusivo.*

**VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO PÚBLICO:** *El artículo 1.218 del C. c., no atribuye al documento público valor superior a las demás probanzas, dado el sistema de apreciación libre que inspiran nuestras leyes, pues la fe notarial sólo alcanza en materia de contratos, a aseverar lo que los contratantes han declarado ante el Notario, pero no a la veracidad intrínseca de las declaraciones, ni a la intención o propósito que ocultan o disimulen, porque ésta y aquélla escapan a la apreciación notarial, y estimada la simulación, para nada valía lo manifestado ante el Notario.* (S. 8 mayo 1973; no ha lugar.)

**4. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: HONORARIOS DE LETRADO: FIJACIÓN CONVENCIONAL: CHEQUE EN BLANCO:** *Si el cliente en carta dirigida a su letrado expresa conformidad con la suma que éste fijara en el cheque en blanco que le adjuntaba, en concepto de honorarios por los trabajos profesionales que le había prestado, hay fijación convencional de aquéllos, y la sentencia que declara que ambas partes no convinieron el precio de tales servicios pugna abiertamente con la declaración de voluntad reflejada en aquel documento.*

**RENUNCIA DE DERECHOS:** *Los arts. 4.º pár. 2.º, 1.088 y 1.254 C. c. autorizan a los particulares a renunciar sus derechos, salvo que lo hagan en oposición al interés o al orden público, o en perjuicio de tercero.*

**ACTOS PROPIOS:** *El principio general de derecho venire contra factum proprium nom valet está reconocido, entre otras, en las ss. de la Sala 1.ª de 30 de enero 1963 y 27 enero 1966. (S. 13 marzo 1968; ha lugar).*

Después de encomendar a un letrado la resolución de diversos asuntos profesionales, el cliente le dirige una carta en la que alaba su actuación y le acompaña un cheque en blanco para que fije sus honorarios. El abogado rellena el cheque indicando la suma de 200.000 pesetas, que hace efectivas. El cliente pretende que aquél formule minuta detallada de los trabajos profesionales realizados con expresión del precio justo que asigna a cada uno, reservándose el derecho a impugnar los honorarios por excesivos. Tanto en 1.ª como en 2.ª instancia prospera la demanda, pero el T. S. estima el recurso y casa la sentencia.

A simple vista, la solución choca con la regla prohibitiva del arbitrio de una de las partes en la formación y cumplimiento de los negocios jurídicos, que encuentra su formulación legislativa en los arts. 1.115, 1.256, 1.449 y 1.690 C. c. DÍEZ PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos* (Barcelona 1957), pág. 103, ha observado que la realidad jurídica ofrece ejemplos de intervención del arbitrio de una de las partes: "Un caso concreto —añade— lo ofrecen los honorarios de los profesionales, que no se convienen en el momento de pactarse la prestación de los servicios, sino que, por el contrario, suelen dejarse a la determinación del que los presta, hasta tal punto que nuestro derecho positivo admite la posibilidad de su impugnación por excesivos". En el presente caso, no sólo hubo indeterminación al celebrarse el contrato sino que, incluso, con posterioridad, una de las partes concede expresamente a la otra la facultad de fijar libérrimamente el precio. El citado autor se muestra favorable a la admisión del arbitrio de una de las partes entendido como juicio objetivo o de equidad. En el caso resuelto parece que el T. S. ha tenido

en cuenta la naturaleza de los servicios prestados por el demandado, llegando a la conclusión de no ser excesivos. Sin embargo, debiera haber aludido expresamente a la posibilidad de recurso contra un uso inequitativo de la facultad que contractualmente le fue otorgada.

(G. G. C.)

5. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS DE ARQUITECTO: RECLAMACIÓN DE HONORARIOS: CUMPLIMIENTO PARCIAL: *Para que el actor pueda exigir el pago de sus honorarios es necesario que haya realizado por su parte la contraprestación que le correspondía, resultando probado que su cumplimiento ha sido parcial, pues ha omitido el plano general, hasta el extremo de no haber tenido en cuenta los enclaves de la propiedad ajena, los detalles de conjunto y la norma de urbanización; omisiones que han de estimarse esenciales al cumplimentar esta clase de encargos si se ha de valorar lo realizado, a efectos del percibo de honorarios, por la totalidad del costo y no por el exclusivo de cada uno de los prototipos que se proponen para que sean repetidos.* (Sentencia 4 junio 1968; no ha lugar.)

6. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO: *Consta que un arrendamiento de servicios el contrato por el cual una de las partes se compromete a ordenar, orientar, confeccionar y gestionar todo lo relacionado con la obtención de un crédito en favor de la sociedad constituida con el fin de llevar a cabo la construcción de un complejo hotelero, ofreciéndole como contraprestación el 1 por 100 de las cantidades que obtuviese en dicho concepto, y concediéndose como complemento un poder irrevocable.*

CLÁUSULA DE PODER IRREVOCABLE: *La nota de irrevocabilidad era consustancial con su propia naturaleza, habida cuenta la índole del pacto en que está embebido y, además, la circunstancia de que se concede no sólo en interés del poderdante, sino también del apoderado, supuestos que la doctrina tanto científica como jurisprudencial presentan como excepciones a la regla general de revocación de todos los poderes.*

CONVENIO POSTERIOR SOBRE REVOCABILIDAD DEL PODER: *Es válido el pacto por el que las partes rectifican la antedicha irrevocabilidad y establecen la revocación en cualquier momento, siempre que al hacerlo se liquiden las cantidades que correspondieren al apoderado.* (Sentencia 6 mayo 1968; no ha lugar.)

7. CONTRATO DE COMPROMISO: INEXISTENCIA POR FALTA DE CONSENTIMIENTO: CARENCIA DE FIRMA: *Si falta la firma de una de las partes, es inexistente el contrato de compromiso por el que se pretende que los hoy litigantes sometieron sus disputas a un juicio de árbitros acomodado a los preceptos de la Ley de 22 de diciembre de 1953.*

PRUEBA: *Aunque la confesión hace prueba contra su autor, es inoperante frente al hecho inconcuso e indiscutido de que el documento alc-*

gado carece de las firmas de los que se dicen sus autores. (Sentencia 20 noviembre 1968; no ha lugar.)

8. CULPA CONTRACTUAL: REQUISITOS: *La aplicación del art. 1.101 del C. c. supone la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia de la otra parte —no a caso fortuito o fuerza mayor—, la realidad de los perjuicios causados y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos* (Sentencia 30 noviembre 1973; no ha lugar.)

NOTA: Se declaró probado que el propietario demandado se comprometió, con la parte arrendataria, a consolidar o reconstruir dos habitaciones que formaban parte de los locales ocupados por ella y que, por causas imputables al demandado, éste no cumplió la obligación asumida; la sentencia le condena al pago de una indemnización por los perjuicios sufridos por el arrendatario, indicándose que no obsta a ello el que se hubiera rebajado, además, la renta que debía pagar la arrendataria, ya que tal reducción no es sino la consecuencia justa del equilibrio que debe mediar entre las recíprocas contraprestaciones de los interesados en los contratos onerosos, pero no evita que alguno de ellos pueda resultar perjudicado por las molestias e incomodidades que derivan de la merma del espacio que antes venía ocupando y que deba percibir, por ello, la indemnización que proceda, dado que una interpretación contraria llevaría a la conclusión de autorizar la resolución parcial de las locaciones y su posible extinción mediante pérdidas sucesivas de la cosa arrendada, lo que, por absurdo, debe rechazarse.

J. P. R.

9. DAÑOS POR INCENDIO DE LOCAL ARRENDADO: PRESUNCIÓN DE CULPA: *El art. 1.563 del C. c. establece una presunción "iuris tantum" de culpabilidad, por parte del arrendatario, en cuanto al deterioro o pérdida de la cosa arrendada, por lo cual, dejando aparte la mayor o menor justicia del razonamiento empleado por la Sala "a quo" es evidente el acierto de la misma al estimar que era obligación del arrendatario la prueba de la culpa de la propiedad.* (Sentencia 9 enero 1974; no ha lugar.)

NOTA: El arrendatario pidió la condena del propietario a reparar los daños causados por el incendio, pretensión que fue rechazada por la Audiencia en sentencia que ha confirmado el T. S.

10. CULPA EXTRACONTRACTUAL: DAÑOS DERIVADOS DE INCENDIO: RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN: *Se consideran como hechos probados los siguientes: a) la existencia en el local del demandado, y concretamente en su trastienda, de diversas sustancias inflamables y explosivas; b) que el incendio se originó en dicho local; c) que aunque las causas inmediatas del incendio no se han precisado con exactitud, cabiendo admitir, aunque no terminantemente, la ausencia de culpa o negligencia en el demandado, en cambio, respecto a la propagación de dicho incendio es evidente su culpa o negligencia; y d) por consiguiente aparecen probados los requisitos del art. 1.902 C. c., que son, una omisión en el demandado, reveladora*

*de una negligencia en la tenencia, conservación y garantías en los objetos guardados en el almacén, que fue lo que originó y motivó los daños en el local vecino.*

**CULPA EN LA PROPAGACIÓN DEL INCENDIO:** *Se declara la culpa en el demandado únicamente respecto a su actuación negligente por no haber dejado desconectada la corriente eléctrica, y tener almacenadas en sus locales, sin las debidas precauciones, sustancias peligrosas y explosivas que facilitaron la combustión y multiplicaron los daños, extendiéndolos a las fincas colindantes, que si no fuera por eso no los hubieran sufrido.* (Sentencia 22 enero 1974; no ha lugar.)

**11. RESPONSABILIDAD POR CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR: ÁMBITO DE APLICACIÓN:** *No supone violación del art. 39 de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor, la sentencia que declara la responsabilidad del conductor de un vehículo que actuó imprudentemente al colocar el tractor sobre un terreno de carácter ligero y poco consistente, a sabiendas de las características del mismo, ya que sólo se excluyen de la aplicación de la citada ley los accidentes que deriven de fuerza mayor extraña a la conducción y funcionamiento del vehículo y las que sean consecuencia de culpa exclusiva de la víctima.*

**CASACIÓN: EXIGENCIA DE CLARIDAD:** *Es inadmisible y, en fase de decisión desestimable, el recurso en que se acumulan conceptos distintos de infracción.* (Sentencia 4 marzo 1974; no ha lugar).

**12. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO: DOCTRINA GENERAL CUANDO LA ACCIÓN CIVIL SE EJERCITA SIMULTÁNEAMENTE CON LA PENAL:** *Es doctrina reiterada que cuando la acción civil no ha sido reservada dentro de la causa criminal, o ésta no ha terminado por sentencia absolutoria o no ha sido sobreseída, el ofendido por el delito no puede ejercitar en procedimiento distinto una responsabilidad no invocada en el momento procesal oportuno (ss. de 17 marzo 1924 y 5 noviembre 1925), ya que no es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias o rectificar las omisiones que hayan podido cometerse en procedimientos sometidos a tribunales de otra jurisdicción (s. 9 febrero 1961); criterio que recoge la s. de 4 junio 1970 que insiste en que, ejercitada la acción penal se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o reservase expresamente para ejercitárla después de terminado el juicio criminal si a ello hubiese lugar.*

**INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: FALTA DE PRUEBA:** *En el presente caso se ejercitó la acción civil conexa con la penal reclamando, además de la pena correspondiente al delito de coacciones, la indemnización de daños y perjuicios cifrada en dos millones de pesetas; por ello, la segunda sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> de este T. S., de 27 febrero 1970, no*

se limita a la cuestión penal, sino que añade que no procede hacer pronunciamiento en cuanto a la indemnización civil porque la resolución recurrida no contiene base alguna para una condena por tal concepto, ni existe ningún antecedente en la causa; es decir, por carencia absoluta de prueba que le incumbía a la parte actora, pues como dice la sentencia de 30 diciembre 1946, la pretensión de resarcimiento en cuanto tienda a pedir la reparación del daño e indemnización de perjuicios, debe contener necesariamente la valoración del daño y de los perjuicios, justificando en cada caso los daños producidos y las ganancias dejadas de obtener.

**LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: APLICACIÓN DEL ART. 1.903 C. c.:** El litisconsorcio pasivo necesario se produce siempre que por la naturaleza de la relación jurídico-material que en el proceso se actúa, los litigantes están unidos de tal modo que a todos afecta la resolución que en él pueda dictarse; pero en el caso de autos no cabe invocar tal doctrina dado que el supuesto que contempla está privativamente regulado por el art. 1.903, pár. 4º del Código civil, que concede una acción específica directa contra los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones. (Sentencia 9 febrero 1974; no ha lugar.)

**13. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO: RÉGIMEN LEGAL:** Dentro de los actos u omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, a que se refiere el art. 1.089 C. c., hay que distinguir el acto u omisión ilícito penal y el ilícito civil que tienen normativa distinta, rigiéndose este último por el art. 1.902, mientras que las acciones que nacen del ilícito penal se han de regular por el Código y las disposiciones especiales que regulan el derecho punitivo, de las que el Código civil será sólo supletorio en virtud de lo dispuesto en el art. 1.090.

**RESERVA DE LA ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE DELITO:** Por regla general, a virtud del art. 19 del Código penal, será la jurisdicción penal la que declare y fije la responsabilidad civil nacida de delito; pero los arts. 111 y 112 de la L. E. Cr., permiten que la acción civil se ejercente separadamente de la penal, mediante la reserva por el perjudicado de dicha acción, para ejercitárla ante los Tribunales civiles, con la única exigencia de que lo haga después de terminado el juicio criminal.

**VINCULACIÓN DEL JUEZ CIVIL A LA SENTENCIA PENAL FIRME:** Si bien la sentencia penal cuando es absolutoria no vincula al Juez civil, pues frente a la ausencia de culpa penal puede este tribunal apreciar la existencia de culpa civil y condenar a una indemnización de daños y perjuicios, si le vincula, por el contrario, la sentencia penal condenatoria, que tendrá categoría de cosa juzgada, tanto en cuanto a los hechos descritos en ella, como en cuanto al concepto de culpabilidad estimado.

**AMBITO DE AUTONOMÍA DEL JUEZ CIVIL EN EL CASO DE ACCIONES RESERVADAS:** *La autonomía del Juez civil, cuando el hecho se le somete para decidir sobre las acciones civiles reservadas, se desenvuelve sólo en cuanto a la determinación de la cuantía de las indemnizaciones y de su reparto activo y pasivo entre las partes, así como su repercusión en cuanto a terceros y aseguradores, conforme al art. 22 del C. p. y concordantes de las disposiciones penales especiales, entre ellas la Ley del Automóvil, y todo ello conforme con el art. 1.903 C. c. según la doctrina contenida en las ss. de 6 diciembre 1962, 21 febrero 1964 y 4 y 21 febrero 1970, entre otras. (Sentencia 25 enero 1974; no ha lugar.)*

**NOTA:** Sentencia que establece la doctrina general en materia de acciones reservadas (ampliamente estudiada por Gómez Orbaneja en sus Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal), de no frecuente aplicación en la práctica, dado que lo normal es el ejercicio simultáneo de la acción civil y de la acción penal, y que puede ser aconsejable cuando se dispone de una prueba exhaustiva sobre el *quantum* de los daños, dado que la jurisdicción civil suele moverse en este punto dentro de márgenes más amplios que aquélla.

(G. G. C.)

**14. CULPA EXTRACONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS:** *Aunque la sentencia recurrida, al fijar la indemnización por diversos conceptos, haya englobado algunos de ellos, esto no supone infracción por violación de los arts. 1.902 y 1.106 C. c., pues no se desconoce ni el *damnum emergens* ni el *lucrum cesans*. (Sentencia 16 octubre 1968; no ha lugar.)*

**15. CULPA EXTRACONTRACTUAL: PRUEBA DE LA MISMA A EFECTOS DE LA CASACIÓN:** *Tanto la calificación jurídica de que un acto u omisión sea constitutivo de culpa extracontractual o aquiliana para el agente a quien se atribuye su comisión —a efectos de la norma contenida en el artículo 1.902 del Código civil—, como la demostración de la realidad del daño o perjuicio y del nexo causal o conexión entre el daño y la causa que se imputa al que se estime causante del mismo, son cuestiones sometidas al número 7.º del artículo 1.692 de la ley procesal, por lo que es doctrina jurisprudencial, ya reiterada, que el criterio subjetivo de culpa, como resultado que es de elementos probatorios aportados a los autos, debe ser respetado, en trámite de casación, a menos que se demuestre, por el cauce adecuado, el evidente error en que el Tribunal sentenciador, haya podido incurrir.*

**CULPA EXTRACONTRACTUAL: EL ASCENSOR COMO ELEMENTO GENERADOR DEL DAÑO: ANALOGÍA CON EL AUTOMÓVIL: RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO DEL EDIFICIO:** *Tratándose de ascensores, el dueño es el directamente beneficiado por el medio de producción del daño, ya que la instalación de un aparato, útil a tal finalidad, da al dueño una posibilidad de aumentar el valor en venta o en renta de la finca en que se instala, produciéndose efectos análogos a la utilización del automóvil, sin perjuicio del uso personal que*

pueda hacer del aparato instalado, sin que se aprecien diferencias entre ambos medios, susceptibles en su caso, de dañar a la persona ajena. (Sentencia 14 enero 1974; no ha lugar.)

16. CULPA EXTRACONTRACTUAL: MUERTE EN ACCIDENTE DE TRABAJO: INEXISTENCIA DE CULPA: *No procede declarar la responsabilidad civil contra la empresa en la que trabajaba el obrero víctima del accidente cuando no se ha podido demostrar la culpa o negligencia de la misma.* (Sentencia 18 junio 1968; no ha lugar.)

## 5. Derecho de familia

1. TÍTULO NOBILIARIO: MEJOR DERECHO: RIGOR EN LA PRUEBA: *El rigor en la exactitud de las probanzas no puede hacer excepción en los pleitos que versan sobre el mejor derecho al uso de un título nobiliario, frente a quien lo ostenta amparado por la situación de apariencia jurídica precedente, porque lo contrario sería atentatorio al mínimo de seguridad y estabilidad que el derecho requiere en relación con problemas del estado civil y condición de las personas, que tanta repercusión y trascendencia tienen en la vida social de los países en que, como el nuestro, se reconocen y protegen las dignidades nobiliarias.*

PRUEBA DE NACIMIENTO ANTERIOR A LA LEY DE REGISTRO CIVIL DE 1870: *El indicado rigor probatorio debe extenderse principalmente a la constatación plena e indubitable de todas y cada una de las conexiones en el árbol genealógico del actor respecto de las personas de que trae causa con mejor y prevalente derecho sucesorio derivado del primer concesionario de la merced, así como del estado civil de todos ellos; y en el supuesto aquí contemplado falta la partida de bautismo de la bisabuela paterna de la hoy recurrida, único medio de poder comprobar su nacimiento y existencia en un momento en que, por ser anterior a 1870, no podía acreditarse con la oportuna certificación del Registro Civil, que no puede ser suplido con deducciones obtenidas de otros documentos, como la partida de matrimonio de los progenitores, el certificado de defunción del padre y la partida matrimonial de la propia interesada, según proclamó ya este T. S. especialmente en S. de 16 junio 1970.*

INSCRIPCIÓN IRREGULAR DE NACIMIENTO REALIZADA EN CUBA: APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA: *Asimismo aparece irregularmente acreditada la inscripción del nacimiento de la actora en el Registro Civil de La Habana, pues habiendo nacido en 1915, no tuvo lugar dicha inscripción hasta 1925, habiéndose efectuado por simple declaración del presunto padre y de dos testigos, sin observar lo dispuesto en el art. 45 de la Ley de Registro Civil de 1870, vigente en Cuba por aplicación del art. 332 de su Código civil.* (Sentencia 17 noviembre 1973; ha lugar.)

2. TÍTULO NOBILIARIO: MEJOR DERECHO: FALTA DE PRUEBA: *La sentencia recurrida hace una declaración general de falta de prueba en varios de los engranes del árbol genealógico en que la parte actora sustenta el mejor derecho, aduciendo, en particular, supuestos de pruebas elaboradas por las mismas personas que declaran, o que contienen datos incompletos, testamento en que el otorgante se autofilia pero no pone el segundo apellido de su progenitor, subsistiendo, en definitiva, la duda sobre la identidad de la persona, sin que sea idóneo elemento de contraste la explicación de ciertas prácticas retrospectivas en el uso de los apellidos.*

FILIACIÓN LEGÍTIMA: PRUEBA SUPLETORIA: *La locución "un principio de prueba" del artículo 117 C. c. indica que establece sólo medios supletorios de prueba que no vinculan "per se", y salvo excepciones, al juzgador. Según sentencia de 5 abril 1963 los poderes y capitulaciones matrimoniales son de escasa fuerza probatoria en materia de filiación legítima; las certificaciones de defunción evidencian el óbito y su fecha, pero no son prueba fehaciente de la paternidad o filiación del extinto, y los testamentos sólo constituyen un principio de prueba de la filiación en los otorgados por los padres con mención expresa de sus hijos en concepto de legítimos.*

DUDAS INTERPRETATIVAS: ERROR DE HECHO: *La denuncia del error de hecho no trata de que entre en juego el criterio de esta Sala como superior, sino simplemente corregir las palmarias equivocaciones del juzgador de instancia; en consecuencia, si la valoración o estimación de la prueba que se hizo en la instancia se presenta simplemente como dudosa, pero no como evidentemente equivocada, la denuncia del error de hecho no puede prevalecer. (Sentencia 28 junio 1968; no ha lugar.)*

El supuesto aquí contemplado plantea el problema de la prueba de la filiación, y del estado civil en general, con anterioridad a la Ley del Registro Civil de 1870. La sentencia reconoce la existencia de dudas serias al aludir en el último considerando a que el recurso "invita a una labor revisora de gran envergadura y sólo propia de la instancia, sin aportar los necesarios elementos de juicio para poder efectuarla en casación". Está por hacer un estudio histórico de la prueba de la filiación, que sería muy útil en estos pleitos sobre títulos nobiliarios.

(G. G. C.)

3. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: COSA JUZGADA PROCESAL: *Habiendo señalado en su auto la competencia de otro Juzgado, respecto del régimen de visitas del padre con sus hijos, el Juez de Primera Instancia que había proveido a la ejecución, en cuanto a efectos civiles, de la sentencia eclesiástica de separación por sevicias del marido, y habiendo quedado de derecho consentido tal auto, no le es lícito ahora a la impugnante, que en su día no interpuso recurso alguno, alegar incompetencia de jurisdicción, pues ello le está vedado por el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por la conocida jurisprudencia recaída en aplicación de este precepto.*

**DERECHO DEL PADRE, SEPARADO Y CULPABLE, DE VISITAR A SUS HIJOS Y RETENERLOS TEMPORALMENTE:** Si bien corresponde a la madre, de acuerdo con el artículo 155 del Código civil y con la ejecución de la sentencia canónica, el deber de tener en su compañía a sus hijos menores, este deber es perfectamente conciliable con la facultad del padre, aunque sea el culpable de la separación, de visitar a sus hijos, comunicarse con ellos y aun tenerlos en su compañía durante períodos prudenciales de tiempo, siempre que ello no redunde en perjuicio de los hijos.

**PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO: ANALOGÍA:** La compatibilidad de la patria potestad de la madre y de esa facultad concedida al padre culpable se deriva de los principios generales del derecho natural, así como de la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 68, regla tercera, último párrafo, del Código civil, respecto de las llamadas medidas provisionales. (Sentencia 26 enero 1974; no ha lugar.)

**4. SOCIEDAD DE GANANCIALES: MULTAS Y CONDENAS PECUNIARIAS IMPUESTAS A UNO DE LOS CÓNYUGES:** Teniendo carácter penal la imposición de costas en proceso criminal, por ser una de las penas accesoria, en principio sólo puede afectar su pago a los bienes propios del cónyuge a quien se impuso.

**CARGAS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES CON RESTRICCIONES:** Si bien tal condena pecuniaria puede en último término, con arreglo al artículo 1.410 del Código civil, ser de cargo de la sociedad de gananciales, ello es sólo con las restricciones que señala el propio precepto, entre las que se cuenta el hecho de que estén cubiertas las preferentes atenciones enumeradas por el artículo 1.408 del Código, lo que no acontece en este caso, según ha quedado probado en autos y ni siquiera se ha intentado combatir. (Sentencia 22 diciembre 1973; no ha lugar.)

## 6. Derecho de sucesiones

**1. CATALUÑA: DERECHO TRANSITORIO:** Ha de rechazarse la alegada inaplicación de un precepto de la actual Compilación, puesto que, de conformidad con lo que se establece en la Disposición transitoria 6.<sup>a</sup> de la Compilación de Cataluña, en relación con la transitoria 12 del Código civil, la fecha del fallecimiento, tratándose de derechos sucesorios, determina la aplicación de la anterior legislación catalana.

**CATALUÑA: CUARTA TREBELIÁNICA:** La cuestión planteada acerca de que "el inventario no se otorgó en concepto de heredero fiduciario" es totalmente nueva, según lo revelan los escritos de contestación a la demanda de dúplica, conforme a los cuales el fundamento de la oposición procesal consistió en la ineficacia del inventario y en la presunción de la realiza-

ción de éste en fraude del fideicomisario, cuestiones que sí fueron objeto de controversia en la instancia, pero no la mencionada anteriormente y, por tanto, según reiteradísima doctrina de esta Sala, no puede ser discutida en casación. (Sentencia 22 diciembre 1973; no ha lugar.)

2. PRETERICIÓN EN NAVARRA: Según se desprende de la ley contenida en el Fuero General, capítulo primero, título veinte del libro tercero, el derecho del hijo legítimo preterido para reclamar igual porción hereditaria que los demás legítimos, sólo puede interpretarse en el sentido de concurrir con los que hayan sido verdaderamente instituidos herederos, pero sin computar en el número a los que hayan sido apartados simplemente con la atribución de la legítima foral, pues esto último supondría un derecho de acrecer a favor de los instituidos, que no encuentra fundamento alguno en la ley.

PRETERICIÓN EN NAVARRA: APLICACIÓN DEL FUERO NUEVO: *Ha de desestimarse la infracción alegada de la ley 271 de la llamada Recopilación Privada de 1971, recogida hoy en la Compilación de Derecho civil de Navarra, aprobada por la Ley de 1 de marzo de 1973, pues esta ley, que no tiene efecto retroactivo, omite toda referencia a la declaración de heredero del preterido.*

RENUNCIA A LA HERENCIA POR CONSECUENCIA DE PAGO DE DOTE: Carece de acción para propugnar la nulidad del testamento de la madre, la hija que, en escritura pública y junto con su esposo, fue dotada y renunció a cualquier reclamación relativa a derechos paternos, maternos o demás que pudieran corresponderle, pues esta renuncia es válida en todos sus efectos y produce la exclusión de la renunciante de la sucesión legal. (Sentencia 8 noviembre 1973; no ha lugar.)

NOTA: Aunque la afirmación del Tribunal Supremo se desliza a mayor abundamiento, tiene especial interés esta sentencia en cuanto declara tajantemente que la Compilación de Navarra no tiene carácter retroactivo, en contra precisamente del principio opuesto de retroactividad casi absoluta que proclaman las Disposiciones transitorias, especialmente la primera, del Fuero Nuevo.

(J. D. C.)

3. OMISIÓN EN EL INVENTARIO DE LA HERENCIA: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Las afirmaciones de la Sentencia impugnada en el sentido de que el actor se estimaba totalmente satisfecho en todos los derechos derivados de la empresa de panadería no incluida en el inventario y de que no había participado en la compra de la maquinaria, inciden en error de hecho en la apreciación de la prueba, como lo demuestran determinados documentos unidos a los autos, que aunque hayan sido citados en la sentencia, no han sido tenidos en cuenta ni interpretados por el Juzgador.*

**OMISIÓN EN EL INVENTARIO DE LA HERENCIA:** *Con arreglo al art. 1.079 del Código, la omisión de algunos objetos en la partición de la herencia motiva que se complete o adicione con los objetos omitidos, pero a estas últimas palabras, según tiene declarado esta Sala, no se les puede atribuir el significado de que sea indispensable la subsistencia de los mismos objetos para el éxito de la acción, cuando el Tribunal sentenciador estima probado que aquéllos existieron aunque hayan sido sustituidos por otros.* (Sentencia 13 mayo 1974; ha lugar.)

## II. ARRENDAMIENTOS

**1. ARRIENDO DE LOCAL PARA GARAJE O COCHERA PARTICULAR: EXCLUSIÓN DE LA LAU:** *La doctrina de la Sala I establece que las disposiciones de la LAU regulan el arrendamiento de edificaciones cuyo uso se cede para vivienda o para local de negocio, quedando excluidos de dicha regulación y sujetos a la legislación común, los contratos de fincas urbanas para destinarnos a fines distintos de los expresados, por lo que el arrendamiento de una cochera o garaje, cuyo uso se cede, tan sólo, para que el arrendatario pueda guardar sus propios vehículos sin que conste que éstos constituyan elementos de una industria a que aquél se dedique, no tienen el concepto de local de negocio del art. 1 de la LAU, ni el de depósito o almacén del art. 5, 2º de la propia Ley.* (Sentencia 22 marzo 1974; no ha lugar.)

**2. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO:** *Ni el pago de una elevada prima por la celebración del arriendo, ni la amenaza de expropiación forzosa que se dice pesaba sobre la finca, son hechos unívocos que determinen necesariamente que la intención de las partes no fue la de alquilar el inmueble para local de negocio propiamente dicho y sí para almacén.*

**RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CIERRE: JUSTA CAUSA:** *No es justa causa de cierre la enfermedad del arrendatario anterior al propio contrato y que pudo y debió ser tenida en cuenta al celebrarlo.*

**INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO EN CUANTO A EXPRESIÓN DEL CONCEPTO DE LA INFRACCÓN:** *No es digno de estimación el recurso, al no expresarse, con la precisión y claridad exigida por el último párrafo del art. 136 LAU, el concepto por el cual se estima cometida la infracción ya que se invocan dos conceptos antagónicos como son violación y aplicación indebida.* (Sentencia 30 marzo 1974; no ha lugar.)

**3. ARRIENDO O SUBARRIENDO: PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: CAMPO DE APLICACIÓN:** *La prueba de presunciones, aunque sea medio de prueba indirecto, lo que determina su inferior categoría respecto a la directa, ha de ser utilizada por el Juzgador de instancia siempre que el hecho controvertido*

*no se pueda acreditar por pruebas directas cual sucede en la simulación de los negocios jurídicos, con la finalidad de obtener su convicción respecto a la verificación o no de los datos procesales alegados por las partes.*

**IMPUTACIÓN:** *Esta clase de presunciones puede ser combatida en los recursos extraordinarios, pero para que la impugnación de ellas pueda desplegar eficacia jurídica, es absolutamente necesario que, empleando los adecuados cauces procesales, se acredite o que la sala de instancia incurrió en manifiesto error en la apreciación de la prueba, derivado de la documental o pericial obrante en autos, tratándose del recurso de injusticia notoria, o que el juicio deductivo es absurdo, ilógico o inverosímil. (Sentencia 29 marzo 1974; no ha lugar.)*

**NOTA:** La cuestión planteada era la de si el contrato que se pretendía resolver era de subarriendo o de arriendo; el órgano de instancia se inclinó por lo primero con base en la presunción deducida de los siguientes hechos: 1.º el contrato de arriendo que se pretendió otorgado el 1 abril 1959 entre la actora —supuesta subarrendadora— y su padre, no fue nunca presentado para su inscripción en la Cámara de la Propiedad Urbana ni en ningún otro organismo oficial y pese a estar escrito a máquina se intercaló a mano la mención "cincuenta" correspondiente a la fecha de su otorgamiento; 2.º dicho supuesto contrato de arriendo no contiene ninguna cláusula al dorso, como es costumbre y práctica constante en los mismos, ni aparece constituida la fianza de los alquileres; 3.º en el contrato supuestamente de subarriendo de 6 mayo 1961 no se expresa que el padre actúe en nombre o representación de su hija y salvo la palabra "sub" que parece interlineada encima de la palabra arriendo siempre se habla de arriendo, de alquileres, etc., no haciéndose constar que el local estaba ya arrendado a favor de la recurrente; 4.º dicho contrato no fue presentado a la oficina liquidadora de la Abogacía del Estado hasta el 26 febrero 1972, y 5.º en los recibos de alquiler no se hace constar la más mínima referencia a que fueran abonados en concepto de subarriendo.

Realmente la presunción de subarriendo deducida por el órgano de instancia no podía ser más lógica y, no desvirtuada la base de hecho de la presunción en el recurso, éste no podía prosperar.

(J. P. R.)

**4. CALIFICACIÓN DE ARRIENDO: LOCAL DE NEGOCIO O SOLAR: HABITABILIDAD:** *Si bien el concepto de habitabilidad, aplicado a un local de negocio, permite una mayor amplitud en su interpretación que cuando se trata de vivienda, atendidas las distintas características y exigencias de ambos supuestos, no es menos cierto, que la habitabilidad exige un mínimo de condiciones o requisitos, atendida la finalidad perseguida en la ocupación de lo arrendado, para que en el mismo pueda ejercitarse la actividad mercantil industrial o de enseñanza con establecimiento abierto al público, por lo cual, y afirmándose, en la sentencia recurrida, que el terreno objeto del arrendamiento se halla enclavado en el casco urbano de la ciudad sin más edificación que un cobertizo de chapa, un urinario y una pequeña dependencia de seis metros cuadrados, todo lo cual representa menos de la quinta parte de la superficie total de la finca, hallán-*

dose las construcciones —aunque denoten por su antigüedad un carácter de permanencia— en deficiente estado de conservación y alguna de ellas prácticamente inutilizables por su estado ruinoso, como local destinado a servicios higiénicos, hay que reconocer que faltan las condiciones mínimas de habitabilidad exigibles para el desarrollo de una actividad de explotación de una concesión de transportes por carretera, aunque se utilice el local arrendado para estacionamiento de autobuses, reparación de éstos y una pequeña oficina. (Sentencia 25 febrero 1974; no ha lugar.)

5. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO URBANO: EDIFICIO HABITABLE: *La significación de edificios habitables dedicados al comercio o industria comprende todos aquellos que, como el que es objeto del litigio, están cerrados con techumbre y reúnen las debidas condiciones de salubridad, higiene y seguridad para servir a su destino y resguardar de accidentes atmosféricos a cuantas personas se dediquen a las actividades en ellos ejercidas y aunque se tratase de una construcción provisional, al tener la condición de habitable y haberse arrendado para ejercer en ella una industria con fin lucrativo, está sometido al régimen de causas de resolución del art. 114 de la LAU* (Sentencia 1 diciembre 1973; no ha lugar.)

NOTA: Se rechaza el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia que declaró la resolución por cierre del local de negocio en el que inicialmente había un taller de reparación de vehículos y, más tarde, otro de baños electrolíticos abiertos al público y que luego se dedicó a almacén de materiales de deshecho y a guarda ocasional de un vehículo de motor.

6. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: HAY QUE ESTAR A LA SITUACIÓN INICIAL: *La doctrina del T. S. viene manteniendo el criterio de que la calificación del contrato litigioso ha de retrotraerse a la fecha de la constitución de la relación arrendaticia y si en el caso de autos lo arrendado fue un terreno sin edificación alguna, ello no puede quedar modificado por la autorización concedida al arrendatario del solar para construir lo que le venga bien y todo ello por un período de tiempo que se fijó en veinte años, por lo que es obvio que lo arrendado no es un local de negocio.*

JUICIO DE DESAHUCIO: ALCANCE DE LA DOCTRINA SOBRE LA COMPLEJIDAD: *La facultad concedida en el arriendo al arrendatario para que —si voluntariamente lo estima— construya un inmueble no lleva ambigüedad ni obscuridad en relación con el vencimiento por expiración del tiempo pactado del arriendo, y la doctrina del T. S. viene reiteradamente estableciendo que si bien la acción de desahucio se canaliza por un procedimiento breve y sencillo, es obvio que, dentro de estos juicios, cabe, en tesis general, la discusión y calificación del problema que se plantea sin necesidad de remitirlo al juicio declarativo y ya una S. de 5 febrero 1953 admite que el mero permiso para edificar es insuficiente para estimar constituido un derecho real de superficie y que la facultad de subarrendar no desnaturaliza la tipicidad del arrendamiento por lo que ello no supone comple-*

*jidad, y la remisión al juicio declarativo sólo procede, a modo de excepción, cuando la obscuridad y ambigüedad de las cláusulas contractuales o la complejidad de las relaciones establecidas entre los interesados hagan tan difícil la apreciación del caso que no pueda estimarse el desahucio sin grave riesgo de indefensión o error. (Sentencia 22 diciembre 1972; no ha lugar.)*

**7. INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA CONTRACTUAL ARRENDATICIA SOBRE PRÓRROGA DEL CONTRATO: ESENCIAL TEMPORALIDAD DEL ARRIENDO: *Pactado en el arriendo que la duración del mismo sería de veinticinco años, prorrogables a voluntad de cualquiera de las partes, y teniendo en cuenta que el art. 1.543 del C. c. prohíbe la perpetuidad del arrendamiento para evitar el desdoblamiento entre la propiedad y el uso de la cosa, es visto que, al haberse pactado el importe de la renta por anualidades, tal debe ser el plazo contractual a efectos de la prórroga, aun cuando el primero se haya señalado en veinticinco años, en atención a los gastos de instalación y acondicionamiento de lo arrendado para su amortización por el arrendatario, dada la pequeña cuantía de la renta convenida, pues admitir lo contrario equivaldría a la perpetuidad del arriendo a voluntad de la arrendataria que, por tratarse de una sociedad, puede no tener fin, en contra de la esencia misma de la institución jurídica.***

**JURISPRUDENCIA:** *Una sola sentencia no autoriza a estimarlo como jurisprudencia.*

**PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO: INVOCACIÓN EN LA CASACIÓN:** *Es preciso en el recurso de casación indicar la jurisprudencia que haya admitido el principio de derecho, como tal doctrina legal. (Sentencia 3 noviembre 1973; no ha lugar.)*

**NOTA:** Una vez más se sacrifica el principio de autonomía de la voluntad, base de nuestro Derecho de contratación y que no tiene otros límites que los legalmente establecidos por normas de derecho necesario —que ciertamente no los establecen en favor del arrendador— a los principios meramente conceptuales tan caros a la jurisprudencia. Podrá decirse que la prolongación del contrato más allá de los veinticinco años inicialmente previstos resultaría gravemente onerosa para el arrendador, en razón de las especiales características del contrato y de la descomunal pérdida de valor de la peseta en los últimos decenios, pero tanto nuestro Derecho común —cláusula “rebus sic stantibus”— como la LAU —normas especiales sobre arrendamientos con cláusulas especiales del art. 3, núm. 2 de la LAU— contienen instrumentos que, a través de una adecuada revalorización de la renta, permitan coordinar los intereses vitales que deben conjugarse en el arriendo: una adecuada rentabilidad para el arrendador y la estabilidad de su derecho para el arrendatario. Claro está que para ello hay que arrojar por la borda la jurisprudencia de conceptos y seguir una orientación finalista que pondere los intereses en juego.

(J. P. R.)

**8. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: DERECHOS DEL SUBROGADO:** *La sustitución de la titularidad arrendaticia*

abarcará todos los derechos y obligaciones del arrendatario fallecido, entre los que habrán de incluirse, por tanto, el poder ceder el arrendamiento del local de negocio del modo descrito en el art. 29 de la LAU —traspaso— a diferencia de lo establecido en el supuesto del art. 24 —para viviendas—. (Sentencia 12 diciembre 1973; no ha lugar.)

9. CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN ARRENDATICIA: CLÁUSULAS QUE SÓLO PREVÉN LA REVISIÓN EN ALZA: NULIDAD: *Si bien reiterada jurisprudencia de la Sala I proclama la eficacia de las cláusulas de revisión, conforme al art. 97 LAU, que permite la libre estipulación de la merced en los locales de negocio, sin embargo, queda subordinada dicha validez al carácter bilateral que pueda favorecer lo mismo al arrendador que al arrendatario, pues si, de hecho, la vida siempre sube, nada obsta a que pueda bajar, en cuyo supuesto el arrendatario tendría un perjuicio que determinaría que fuera ilusoria, el beneficio legal de la prórroga forzosa, siendo por ello abusivas las cláusulas concebidas sólo en beneficio del arrendador para revalorizar, constante y progresivamente, la renta, por lo que debe estimarse inválida la cláusula, según la cual, el contrato "será revisable, a facultad de la arrendadora, cada tres meses, teniéndose en cuenta a estos efectos la variación de los índices ponderados de renta publicados en el Instituto Nacional de Estadística en el período sujeto a revisión".* (Sentencia 30 enero 1974; no ha lugar.)

10. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: REVISIÓN DE RENTAS: CLÁUSULA VALOR ORO: INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: *La acción encaminada a actualizar la renta a través de una cláusula "Valor oro", en un contrato de arrendamiento de local de negocio, debe someterse al procedimiento establecido en la LAU, dado que el art. 100,2 de la misma, faculta expresamente a las partes para convenir un sistema de actualización de rentas distinto del bienal que el precepto establece con carácter subsidiario.* (Sentencia 26 septiembre 1968; ha lugar.)

La sentencia es importante en cuanto reconoce la relevancia de las cláusulas de estabilización en los arrendamientos de locales de negocio al estimarlas materia propia de la legislación especial, frente al criterio opuesto de cierta jurisprudencia (por ej., s. 3 marzo 1962). En el presente caso se trataba de un arrendamiento otorgado en 1953 en el que se había pactado una cláusula adicional de adecuación del valor adquisitivo de la peseta al valor oro. El arrendador pretendió actuarla erróneamente a través del trámite del juicio ordinario, siendo desestimada su demanda en primera instancia, y aunque la Audiencia revocó esta sentencia, el T. S. ha estimado el recurso interpuesto por el arrendatario, y confirma la del juzgado aunque sin entrar en el fondo. Después de la reforma de 1964 ya no cabe duda de la validez de estas cláusulas en los arrendamientos de local de negocio. Sobre la evolución de la doctrina y la jurisprudencia vid. SOTO NIETO, *Arrendamientos urbanos. Comentarios a la ley de reforma de 11 de junio de 1964* (Gerona 1964), pág. 372 ss.

(G. G. C.)

11. REDUCCIÓN DE RENTAS ARRENDATICIAS AL TIPO FISCAL: DEROGACIÓN DEL ART. 103 DE LA LAU POR LA LEY DE REFORMA TRIBUTARIA DE 1966: *La*

*Ley de Reforma Tributaria de 12 mayo 1966, en sus arts. 19 a 27, fija el procedimiento a seguir en lo sucesivo, por la Hacienda Pública para determinar la base imponible partiendo de los valores catastrales y aunque, según el art. 23, el expediente administrativo para dicha determinación se encabezara con una declaración previa exigida a los propietarios y el 27 obliga a declarar cualquier alteración sustancial, en tales declaraciones se omite el dato de la renta que se percibe con lo que difícilmente el propietario puede faltar a la verdad en una declaración que no ha de hacer; por ello la reciente jurisprudencia de la Sala I, representada, sobre todo, por la S. de 9 junio 1973, secundada por la de 29 octubre último, consagran la afirmación de que han sido tácitamente derogados, para las fincas urbanas situadas en términos municipales en que haya entrado en vigor la reforma tributaria de 1966 los arts. 103 y 14 párrafo 2.º de la LAU. La derogación del mencionado precepto se opera desde el momento en que entra en vigor, en cada término, la ley de reforma tributaria aludida, bastando con acreditar que dicha ley ha entrado en vigor en el término donde esté ubicada la finca de autos en la fecha en que se presentó la demanda, pues al requerir el nuevo sistema una adaptación, para cada caso, por los órganos locales pertinentes, su entrada en vigor no fue simultánea en todo el territorio nacional.*

**INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO:** *Hay que desestimar los motivos del recurso amparados en tres conceptos incompatibles entre sí.* (Sentencia 5 noviembre 1963; no ha lugar.)

**NOTA:** Ofrece gran interés esta sentencia, pues pone de manifiesto lo que ya parecía fatal al establecerse el nuevo régimen tributario de la propiedad urbana. Dado el texto de la Ley de 1966, la doctrina del T. S. es impecable; la revisión de rentas para adaptarlas a la base fiscal, que tanto juego dio en la práctica, sobre todo hasta que se limitó el plazo de la reducción, ha pasado a la historia.

(J. P. R.)

**12. REVISIÓN DE RENTA ARRENDATICIA: EXACCIÓN DE INCREMENTOS: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ART. 101 DE LA LAU:** *Para que empiece a correr el plazo de caducidad de tres meses establecido en el art. 101 de la LAU es preciso que el rechazo del aumento se manifieste expresamente, no pudiéndose apreciar la caducidad, por el mero hecho de no contestar a la propuesta de elevación.*

**INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA:** *Es irrelevante, para acreditar el error en Injusticia Notoria, el documento que fue objeto de examen e interpretación por la sentencia recurrida, así como los datos extraídos de los asientos de contabilidad de los comerciantes.* (Sentencia 29 octubre 1973; no ha lugar.)

**13. REVISIÓN DE RENTA ARRENDATICIA: PLAZOS DE CADUCIDAD: "DIES A QUO":** *Teniendo en cuenta que el art. 106 LAU se está refiriendo al ar-*

título 98 de la propia ley, el plazo de caducidad que aquél establece, no se inicia, cual afirma el recurrente, el día en que la negativa a la revisión de renta se produce, sino que lo es cuando nace el hecho que motiva tal revisión. El art. 101 de la LAU se refiere, exclusivamente, a los casos previstos en el art. 99 de la misma. (Sentencia 18 enero 1974; no ha lugar.)

14. IMPUGNACIÓN DE TRANSMISIÓN DE PISO POR SER EL PRECIO SUPERIOR AL DE CAPITALIZACIÓN: NATURALEZA Y ALCANCE DE LA ACCIÓN: *El artículo 53 de la LAU concede al inquilino una acción, mal llamada de "impugnación", que, al contrario de lo que su nombre parece indicar, no sirve para impugnar el acto transitorio, sino para la constatación judicial de que se realizó contraviniendo un precepto y de que surtirá toda su eficacia, salvo en el particular relativo a la prohibición que se le impone al adquirente, de denegar la prórroga por causa de necesidad.*

CÓMPUTO DE LA RENTA Y DEL PRECIO DE LA TRANSMISIÓN: *Para poder estimar o desestimar la acción hay que determinar el importe exacto de cada uno de los dos términos que hay que comparar: a) el precio de capitalización de la renta en la cual hay que tomar en cuenta no sólo la renta en sentido estricto, sino algunas de aquellas cantidades que se asimilan a ella, como son las repercusiones tributarias que sean a cargo del inquilino y otras, y b) el precio de la transmisión en el que también deben computarse, no únicamente el precio en sentido estricto sino también el importe de las otras cantidades que siendo naturalmente de cuenta del vendedor, como gastos de notaría, plusvalía, etc., las tomas a su cargo, paccionadamente, el comprador. El importe de lo que pague el inquilino en el momento de la transmisión como merced por la tenencia de huéspedes entra en el concepto amplio de renta y debe tenerse en cuenta a efectos de capitalización.* (Sentencia 29 diciembre 1973; no ha lugar.)

14 bis. RESOLUCIÓN POR TRASPASO DE LOCAL DE NEGOCIO: CAMBIO DE TITULARIDAD FISCAL: *Si la sentencia recurrida, no obstante declarar probado que el demandado arrendatario se dio de baja en la contribución que venía satisfaciendo por la industria de café-bar sita en el local litigioso, y que, coincidentemente, se dio de alta la esposa del arrendatario y que el propio arrendatario, en declaración jurada a la Delegación de mutualidades laborales, expresó que había cesado en el negocio, para solicitar la pensión de jubilación de la Mutualidad de Trabajadores autónomos, manifestando que el negocio lo continuaría su esposa, es procedente estimar el recurso, pues cualesquiera que sean los móviles que indujeron al cambio de titularidad del negocio, es lo cierto que éste tuvo lugar, sin consentimiento del autor, ni guardar las formalidades de la LAU, y procede la resolución del arriendo.* (Sentencia 22 febrero 1974; no ha lugar.)

15. RESOLUCIÓN POR CESIÓN, TRASPASO O SUBARRIENDO: CARGA DE LA PRUEBA: *El principio del "onus probandi" —art. 1.214 C. c. y doctrina*

*jurisprudencial— que impone al actor la necesidad de probar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los impeditivos, obstativos o extintivos de la acción contra él ejercitada, no se violan cuando, como ocurre en el caso de autos, el promotor alegó que, desde algún tiempo, venía observando la presencia, en el local arrendado, de una tercera persona, extraña al contrato cuya resolución pretende conseguir, que el locatario estaba frecuentemente ausente del mismo y que no mediaba relación laboral ni vínculo de dependencia entre ambos demandados y, cuando, por no haber propuesto ni siguiera prueba sobre ninguno de esos extremos, la Sala sentenciadora estimó que dicho señor —al actor— le incumbía la obligación de acreditar la totalidad de los que componían el elemento fáctico en que se apoyaba la acción, se ajustó al precepto legal y doctrina citadas.*

**RELACION DE DEPENDENCIA QUE EXCLUYE EL SUBARRIENDO O CESIÓN:** Si bien la jurisprudencia ha declarado que la presencia de un tercero en el local arrendado sin conocimiento del propietario de la finca hace presumir la existencia de un subarriendo, cesión o traspaso, determinante de las causas resolutorias 2.<sup>a</sup> ó 5.<sup>a</sup> del art. 114 LAU y que la prueba de la relación laboral o de dependencia de dicho señor con el demandado corresponde a éste —SS. de 26 febrero, 2 y 9 junio 1962 y 1 julio 1966— no debe olvidarse que, para que semejante efecto se produzca, es indispensable que dicho tercero actúe dentro del local en nombre propio ejerciendo por su cuenta una actividad industrial o mercantil y esto es precisamente lo que el juzgador de instancia niega que concurra, a la vista de la prueba documental aportada por el demandado, afirmando la existencia de una relación de dependencia que no ha sido desvirtuada. (Sentencia 22 diciembre 1973; no ha lugar.)

**16. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR TRASPASO O CESIÓN; CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR:** *No hay que confundir el conocimiento con el consentimiento; el conocimiento, si no va seguido del consentimiento, no basta para enervar la acción resolutoria.*

**INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS:** *No cabe plantear eficazmente en injusticia notoria cuestiones no debatidas en la instancia.* (Sentencia 29 noviembre 1973; no ha lugar.)

**17. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO POR INTRODUCCIÓN DE HUÉSPEDES EN EL LOCAL:** *La doctrina del T. S. ha establecido que la tenencia de huéspedes en un local sólo está autorizada en el caso de que dicho negocio sea el de hospedaje, en cuya clase no está comprendido el de bar y restaurante, ya que este género de establecimiento está destinado exclusivamente a servir al público comidas o bebidas, por lo que conforme a lo prevenido en el art. 5 de la LAU en los mismos no pueden tener su vivienda personas distintas a las del arrendatario, su familia*

*o quienes trabajan a su servicio, por lo que la introducción de extraños en el local, sin cumplir los requisitos legales, determina la resolución del contrato de arriendo, según SS. 13 mayo 1963, 26 octubre 1965).*

**CONGRUENCIA:** *Los Tribunales, sin incurrir en incongruencia pueden basar sus resoluciones en fundamentos jurídicos distintos a los alegados por las partes siempre que respeten íntegramente los hechos y las pretensiones de aquéllas.* (Sentencia 17 noviembre 1973; no ha lugar.)

NOTA: No puedo ocultar la sorpresa que produce la lectura del primero de los anteriores párrafos. En efecto, si se tiene en cuenta: 1.<sup>o</sup> que el arrendatario de local de negocio está facultado por la LAU en general —salvo que concurran limitaciones especiales a las que no se hace referencia en la sentencia— para dedicar el local, al tipo de negocio que le interese, y a uno o varios negocios; 2.<sup>o</sup> que el hospedaje en el local, es una de las diversas clases de lícito negocio, que puede ejercerse de modo único, o junto a otros tipos de negocio, y 3.<sup>o</sup> que el cambio de clase de negocio ejercido en el local no es causa de resolución, según se advierte claramente del art. 114 de la LAU, es preciso concluir que la sentencia en cuestión podrá tener en su abono doctrina jurisprudencial, pero choca frontalmente con las normas de la LAU. Se trata, por tanto, de una doctrina *contra legem*. Es, en suma, una muestra más de la corriente jurisprudencial propicia a ampliar las causas de resolución y a sustituir la antigua orientación "pro inquilino" por otra de signo diametralmente opuesto. De los tres escalones de la línea jurisdiccional —casación o injusticia notoria, apelación y primera instancia— es el más elevado el que acusa principalmente tal orientación, siendo el escalón inferior, quizás por estar más en contacto con la vida real y —por razón de la edad de los titulares de los correspondientes órganos jurisdiccionales— por sintonizar, en mayor grado, con la mentalidad de nuestros días, el que muestra una orientación más progresiva en la interpretación de la LAU. Ello puede constituir un argumento en pro de la proyectada reforma de la LAU, en el sentido de eliminar el recurso de injusticia notoria y dejar la última palabra en los procesos especiales arrendatarios urbanos encomendados en la primera a instancia a los Juzgados de 1.<sup>a</sup> Instancia, a las Audiencias Territoriales; el Proyecto ha tenido su origen en una moción de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, fundada, claro está, en otros motivos.

(J. P. R.)

**18. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: ESTANTERÍA MOVIBLE QUE NO IMPLICA CAMBIO DE CONFIGURACIÓN:** *Las modificaciones que se detallan en la exposición de hechos probados de la sentencia recurrida no cubren las exigencias marcadas por la LAU, pues lo adicionado al local, según la sentencia impugnada, ni siquiera se apoya en los muros de la finca y puede separarse de ella sin dañarla.* (Por lo que no son causa de resolución.)

**INJUSTICIA NOTORIA: RECONOCIMIENTO JUDICIAL Y ERROR DE HECHO:** *La diligencia de reconocimiento judicial no es documento auténtico a efectos de injusticia notoria.* (Sentencia 29 octubre 1973; no ha lugar.)

19. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: ALCANCE DE LA AUTORIZACIÓN PARA OBRAS DE ACONDICIONAMIENTO: *Reiteradamente tiene declaración la Sala I del T. S. que la autorización para realizar obras de acondicionamiento se agota una vez establecido el negocio o industria por lo que no puede considerarse como indefinida.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN INJUSTICIA NOTORIA: *En la interpretación de los contratos ha de prevalecer, en principio, la que dé el órgano de instancia, salvo el supuesto de que sea combatida por notoria infracción de las reglas de hermenéutica contractual y se acredite que tal interpretación es absurda, ilógica e inverosímil.* (Sentencia 3 diciembre 1973; no ha lugar.)

20. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: TAPIADO DE PUERTA PARA REPARACIÓN URGENTE: *No es causa de resolución el hecho de que el arrendatario tapiara el hueco de la puerta por la que se accedia a un local desde una determinada calle como medio de defender sus bienes del peligro a que estaban expuestos, dado que la hoja de la puerta se encontraba casi totalmente destrozada, lo que implicaba que cualquier persona pudiera entrar en el local, ya que es incuestionable que el arrendatario no quiso alterar la configuración del local por razones de personal conveniencia y lo único que persiguió fue poner fin a una situación de peligro en que se encontraban sus bienes.* (Sentencia 29 diciembre 1973; no ha lugar.)

NOTA: La sentencia del T. S. invoca otra anterior de 5 febrero 1960 y dice que las normas de la LAU sobre realización de reparaciones urgentes no autorizan a aplicar, al tapiado realizado, la sanción de la resolución del arriendo.

21. INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA DE AUTORIZACIÓN DE OBRAS POR EL ARRENDADOR: *Para combatir la interpretación que a la autorización de obras han dado los juzgadores de instancia (como impugnación que es de las cláusulas de un contrato) no sirve la vía utilizada —la 4.<sup>a</sup> del art. 136, error de hecho en la apreciación de la prueba—. Además la interpretación del juzgador de instancia, no siendo arbitaria ni ilógica, ha de prevalecer contra la particular e interesada que ofrezca el recurrente.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA BASADO EN QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *Reiterada jurisprudencia ha declarado que, para que pueda prosperar el recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, se necesita, no solamente que se haya producido el quebrantamiento que se denuncia y que haya producido indefensión del recurrente, sino que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió, cuando en tal instancia pueda solicitarse.*

**CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: PRECISIÓN Y CLARIDAD DEL RECURSO:** *En la formulación y desarrollo del recurso de injusticia notoria, como en el de casación, tiene que expresarse con claridad y precisión el concepto por el cual se estime cometida la infracción, bajo pena de desestimación.* (Sentencia 12 diciembre 1973; no ha lugar.)

**22. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO DE LAS MISMAS POR EL ARRENDADOR: TIEMPO DE EJECUCIÓN: CARGA DE LA PRUEBA:** *La prueba de que las obras se llevaron a efecto en la fecha indicada por el arrendatario y de que fueron consentidas por el arrendador corresponde al arrendatario.*

**DEBATE SOBRE UNA CAUSA RESOLUTORIA CUANDO YA SE HA ACEPTADO LA EFICACIA DE OTRA CAUSA:** *Si el contrato queda resuelto por una de las causas alegadas, carece de sentido la discusión respecto de si podría serlo, además, con base en las restantes que también fueron aducidas.* (Sentencia 20 diciembre 1973; no ha lugar.)

**23. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CAMBIO NO ESENCIAL QUE NO ES CAUSA DE RESOLUCIÓN:** *Es doctrina del T. S. que la variación de configuración del objeto arrendado es algo contingente que no puede apreciarse de manera abstracta y con valor de principio general, debiendo tenerse en cuenta, según las circunstancias que en cada caso concurren, que la modificación de configuración a que se refiere la causa 7.<sup>a</sup> del art. 114 LAU consiste en una variación esencial y sensible de los elementos que delimitan el espacio del conjunto y de las piezas de que consta el local, alterando su disposición, figura geométrica, superficie o volumen y que, cuando la variación no sea esencial, sino accesoria o secundaria, no se da la causa de resolución, supuesto que se da cuando la obra se limita a haber redondeado el arrendatario los ángulos superiores de una puerta sin desprender su bastidor, cambio accidental o de detalle realizado con fines puramente decorativos que no afecta a la esencia de la construcción, máxime cuando se ignora cuáles fueron los materiales empleados para el redondeo y los elementos de que se valió para fijarlos en el bastidor.*

**INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO:** *La causa 4.<sup>a</sup> del art. 136 LAU no autoriza el recurso de injusticia notoria por el mero error en la valoración de la prueba documental o pericial.*

**FORMALISMO DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: EXPRESIÓN DEL APARTADO EN QUE SE AMPARA CADA MOTIVO:** *En el recurso de injusticia notoria ha de expresarse con claridad y precisión en cuál de los cuatro apartados enumerados en el párrafo 1.<sup>o</sup> del art. 136 LAU se halla amparado cada uno de los motivos en que se fundamenta la impugnación.* (Sentencia 5 febrero 1974; no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CAMBIO DE CONFIGURACION DE LA COSA ARRENDADA: CONOCIMIENTO POR EL ARRENDADOR: CONSENTIMIENTO: *Como conocer, no es consentir, no basta que la propietaria visitara el local y pudiera conocer las obras para que se estime probado el consentimiento tácito.*

ALCANCE, EN EL TIEMPO, DE LA AUTORIZACIÓN DE OBRAS: *La autorización para obras sólo puede ser válida para las que se hagan al concederla y no para las que puedan surgir pasando el tiempo, lo que sería trasladar facultades dominicales al arrendatario.*

OBRAS QUE NO SON DE PEQUEÑA ENTIDAD: *No lo son las de construcción de un tabique quebrado de suelo a techo y con medidas no pequeñas.*

CONFESIÓN JUDICIAL: *Es sólo una de las pruebas, sin mayor valor que las demás.*

CONGRUENCIA: *La congruencia no ha de referirse a todas las alegaciones sino a resolver sobre el fondo de lo pedido y en concordancia con ello.* (Sentencia 31 diciembre 1973; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: ÁMBITO DE APLICACIÓN: *En la estimación de esta causa hay que atender a las circunstancias que en cada caso concurren. No procede la resolución si las obras no han debilitado la estructura ni modificado la alineación de la pared reconstruida ni la configuración de las dependencias.*

NOVACIÓN: OBRAS REALIZADAS POR ANTERIOR ARRENDATARIO: *Resultaría inverosímil admitir en la locación a un nuevo arrendatario reservándose la facultad de dar por terminado el contrato en virtud de la realización de obras en las que en nada intervino el arrendatario.*

NOVACIÓN: LA EXTINTIVA NO SE PRESUME: *La novación extintiva no se presume, sino que es preciso que la voluntad de otorgarla se manifieste de modo claro y terminante.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe abordar en injusticia notoria, cuestiones no suscitadas en el período expositivo del pleito.*

INJUSTICIA NOTORIA: CLARIDAD Y PRECISIÓN, FORMALISMO: *Es imprensencible, para el éxito del recurso, que se cite el párrafo del artículo 1.281 que se dice violado en el recurso. No puede prosperar el recurso si se basa en una causa inadecuada.*

INJUSTICIA NOTORIA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *No procede el recurso si el recurrente pudo, en su día, subsanar el defecto por sí mismo, exami-*

*nando los autos originales en la Secretaría del Juzgado y si no entabló los recursos pertinentes en la instancia. (Sentencia 11 febrero 1974; no ha lugar.)*

**26. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: FUNDAMENTO: ALCANCE DE LA CAUSA: APERTURA DE VENTANA:** *Por propia definición el arrendamiento no transmite más que el uso de la cosa arrendada, razón por la que el art. 1.557 del C. c. prohíbe al arrendatario variar la forma de la cosa arrendada y el 1.561 manda devolver la finca tal como la recibió y por ello la LAU sanciona con la resolución del contrato todas aquellas obras que modifiquen la configuración, como regla general. Y con mayor razón porque, dado el acentuado carácter social de la LAU provee la misma a suplir la resistencia del propietario facilitando medios para que el arrendatario salve las necesidades que se le presenten, bien con el previo depósito de las obras de reprimiración en unos casos, bien recabando la autorización judicial en otros. Si bien la jurisprudencia admite que el cambio de configuración es algo contingente y circunstancial, su determinación corresponde a los Tribunales. La apertura en un tabique, de una ventana, de 39 por 46 centímetros, supone alteración de la configuración. (Sentencia 20 noviembre 1973; no ha lugar.)*

**27. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO PARA DERRIBO Y REEDIFICACIÓN: AUTORIZACIÓN GUBERNATIVA DECLARADA NULA:** *Declarado por los Tribunales nulo el acuerdo del Gobernador autorizando la demolición, la autorización gubernativa no puede producir efecto alguno y no cabe aducir la sentencia del T. S. de 9 abril 1969 que se refiere sólo a los recursos "que se hayan podido interponer", sin designar a los ya resueltos.*

**INJUSTICIA NOTORIA: IMPRECISIÓN:** *Debe desestimarse, por impreciso, el recurso en que no se cita el concepto de la infracción y el que incide en el defecto de invocar, a la vez, la interpretación errónea y la aplicación indebida. (Sentencia 4 febrero 1974; no ha lugar.)*

**28. RESOLUCIÓN POR RUINA: ERROR DE HECHO: DICTAMEN PERICIAL:** *Acreditado por la prueba documental, en la que se recoge la pericial practicada en diferentes procedimientos seguidos respecto a otros locales de la finca, el estado de ruina del inmueble y que las obras de reparación excederían de los porcentajes señalados por la LAU, procede estimar probado el error de hecho de la sentencia recurrida y dar lugar a la resolución. (Sentencia 22 diciembre 1973; ha lugar.)*

**29. LEY DEL SUELO: INDEMNIZACIÓN POR EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO:** *Promulgada la Ley del suelo de 12 mayo 1956 cuyo artículo 149 excluye la posibilidad del derecho de retorno —previsto en la de 1946—, decretando "ex lege" la resolución del contrato de arrendamiento, no puede ser de aplicación el Decreto de 5 septiembre 1952, el*

que, conforme a la disposición final segunda de la Ley de 1956 ha de entenderse derogado en todo caso. Y ello sentado es indudable que no existe la debida paridad, desde el punto de vista analógico, para la aplicación, al supuesto de autos, de la legislación de arrendamientos urbanos, como consecuencia de los dispuestos en el núm. 3 del art. 3, del art. 149 de la ley de 12 mayo 1952 con lo previsto en el art. 81 de la LAU, puesto que este precepto contempla un supuesto en que se permite al arrendatario la opción entre volver, por retorno, a la nueva edificación, o resolver el contrato, mediante indemnización, mientras que la vigente Ley del suelo excluye la posibilidad de tal retorno, lo que agrava la situación del arrendatario y por ende, lógicamente, la indemnización ha de ser mayor, guardando el supuesto más analogía con lo dispuesto en el núm. 3 del art. 73 de la LAU a que se remite la sentencia recurrida, siendo de tener en cuenta, además, que en el presente caso, la inclusión de la finca en el Registro de solares se verificó, no de oficio por la Administración, sino en expediente iniciado en virtud de solicitud de los propietarios. Cualquiera que pueda ser el juicio del Tribunal Supremo en cuanto al alcance o cuantía de la indemnización concedida, la misma tiene su apoyo en un dictamen pericial que, si bien es de libre apreciación por los Tribunales, es facultad que compete a los Tribunales de instancia y no a la casación, atendida la naturaleza extraordinaria del recurso. (Sentencia 25 enero 1974; no ha lugar.)

30. DERECHO DE RETORNO A LOCAL EN INMUEBLE RECONSTRUIDO EN BASE A DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA: RENTA DEL LOCAL SITUADO EN DISTINTA PLANTA: *El hecho de hallarse situado el local del edificio demolido en la planta semisótano y de tratarse de un sótano la planta en que se halla el que se le ha adjudicado en el nuevo edificio, determina la aplicación de la regla 1.ª del art. 85 de la LAU, aunque tal cambio de planta haya sido independiente del arbitrio del arrendador, por lo que debe declararse, en virtud de la estimación parcial de dicho motivo, que ha de reducirse en un diez por ciento la renta, no sobre la base de la que pagaba el arrendatario en la finca derruida, sino sobre la señalada al mismo en el inmueble reconstruido.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *No puede fundarse el recurso en un documento que no acrede de modo manifiesto el error denunciado, sin que quepa basarlo tampoco, por razón de la forma del documento, en el procedente de un Ayuntamiento que no es certificación expedida por el secretario del mismo, sino un mero informe.* (Sentencia 11 marzo 1974; ha lugar.)

31. DERECHO DE RETORNO DEL ARRENDATARIO A INMUEBLE AFECTO A DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA RECONSTRUIR: AMPLIACIÓN CONVENCIONAL DEL PLAZO DE DESALOJO: *Acreditado en autos que, mediante requerimiento notarial, el propietario notificó al arrendatario que proyectaba comenzar las obras de derribo en determinada fecha, salvo que por surgir contienda ju-*

dicial con los arrendatarios, éstos no desalojasen el inmueble en el plazo citado, en cuyo caso el derribo sería comenzado dentro de los dos meses siguientes al completo desalojo, y estimado por la sentencia recurrida que, al fijar los arrendadores el inicio de las obras de demolición en una fecha posterior al año, a partir de la notificación prevista en el art. 78, vinieron a conceder al arrendatario una prórroga por todo ese plazo, para el desalojo del inmueble que ocupa, dentro de cuya prórroga se manifestó por el arrendatario, su opción por el retorno, procede desestimar el recurso, en el que no se ha desvirtuado la correcta interpretación hecha por el órgano "a quo", acerca de la concesión al arrendatario de una prórroga para el desalojo y, por tanto, para el ejercicio de la facultad de retorno. (Sentencia 15 marzo 1974; no ha lugar.)

#### IV. DERECHO PROCESAL

1. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: FRAUDE PROCESAL: *El recurrente desconoció el contrato de compraventa al contestar la demanda. En cambio, si lo tiene en cuenta, al solo efecto del lugar del cumplimiento de la obligación derivada del mismo, y, por tanto, como base para determinar la competencia. Estas circunstancias indudablemente revelan que la invocación del núm. 1º del art. 62 y núm. 2º del 58 de la Lec., para la prosperidad de la excepción de incompetencia, no tiene otra finalidad que la de dilatar lo más posible el pago de la cantidad reclamada, lo que se traduciría en ventajas ilegítimas para el recurrente, a costa del recurrido, y, por consiguiente en verdadero fraude procesal.* (Sentencia 21 febrero 1974; no ha lugar.)

2. CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: RECLAMACIÓN DE DAÑOS CON BASE EN TESTIMONIO DEL AUTO DICTADO EN UN PROCESO PENAL SOBRE ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN: *La pretensión ejercitada en estos autos se basa, no en el art. 1.902 C. c. —como erróneamente sostiene el recurrente—, sino en un testimonio del auto dictado en un proceso penal sobre accidente producido por vehículo de motor, a cuyo auto nuestro ordenamiento jurídico otorga esa fuerza ejecutiva tímida que confiere a los documentos que denomina títulos ejecutivos, que permite abrir una vía de cognición, que se desarrolla en la fase de oposición, en la cual el ejecutado puede esgrimir las específicas defensas que la propia Ley señala, entre las que figura la llamada "incompetencia de jurisdicción" que realmente comprende, no sólo la falta de jurisdicción, sino también la falta de competencia en cualquiera de sus formas, de las que sólo la territorial es prorrogable a voluntad de los litigantes en la mayoría de los casos.*

CUESTIONES DE COMPETENCIA EN JUICIOS EJECUTIVOS: *Nuestro ordenamiento procesal no admite, en el incorrectamente denominado proceso*

ejecutivo, otros incidentes que los que nacen de las cuestiones de competencia o de acumulación a un juicio universal, prohibiendo, incluso, la promoción de las cuestiones de competencia después de haberse opuesto el deudor a la ejecución; en el presente caso, no sólo existe la sumisión expresa de la entidad aseguradora a los tribunales de Madrid, sino que, aunque no hubiera existido, se había producido también la sumisión tácita por el hecho de haber anunciado su oposición a la demanda ejecutiva en el propio escrito de personamiento, y más aún por la posterior presentación de su escrito de oposición en el que propone en primer término la prescripción de la acción, y sólo en segundo lugar la incompetencia de jurisdicción. (Sentencia 5 abril 1974; no ha lugar.)

3. TERCERÍA DE DOMINIO: INAPLICABILIDAD PARA DEJAR SIN EFECTO COMISO DE CAMIÓN ACORDADO POR TRIBUNAL PROVINCIAL DE CONTRABANDO Y DEFRAUDACIÓN: NATURALEZA DEL COMISO: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA: *El comiso de un camión decretado conforme a los arts. 22 y 25 de la Ley de 11 de septiembre de 1953, coincidentes con los arts. 24 y 27 de la Ley de 16 de julio de 1964, por el Tribunal de Contrabando y Defraudación territorialmente competente, no puede invalidarse ni declararse ineficaz por la jurisdicción ordinaria en un juicio de tercería de dominio; se trata de una sanción accesoria de una pena impuesta por los Tribunales de orden criminal como consecuencia de la comisión de un delito o falta, y presenta un carácter definitivo por constituir una incautación realizada por el Estado para dar a los instrumentos con que cometieron los hechos o a sus productos la aplicación determinada por las leyes; al ser impuesta por los Tribunales de Contrabando y Defraudación, su alzamiento encaja en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa.* (Sentencia 25 abril 1968; ha lugar.)

Se trataba de una venta a plazos con reserva de dominio. Por falta de pago el vendedor reclama en vía civil y obtiene embargo que se anota sobre el camión; con posterioridad el comprador incurre en una infracción de la Ley de Contrabando y Defraudación siéndole decomisado el camión. El vendedor hace valer la reserva de propiedad y pide a la jurisdicción civil que anule el comiso. En 1.<sup>a</sup> instancia se rechaza su demanda por falta de reclamación previa, pero en apelación se estima plenamente su pretensión. En virtud de recurso del Abogado del Estado el T. S. casa la sentencia en lo relativo de dejar sin efecto el comiso por no ser la tercería el procedimiento hábil para lograrlo y remite a la jurisdicción contencioso-administrativa. La sentencia es interesante en cuanto a la doctrina que sienta sobre el comiso como pena accesoria para determinar una privación de la titularidad dominical. El conflicto no es de fácil solución. Se trata de dos resoluciones contradictorias recaídas en jurisdicciones distintas sobre el mismo objeto: el Tribunal de Contrabando y Defraudación acuerda el comiso del camión por entender que es de propiedad del comprador, mientras que los Tribunales civiles de-

claran la propiedad a favor del vendedor por aplicación de la reserva de propiedad. Propiamente se trata de una cuestión prejudicial de carácter civil en materia administrativa. ¿Cabría una aplicación analógica del art. 6.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento criminal? Pese a referirse a inmuebles, cfr. la amplia interpretación que propugna GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal, I* (Barcelona 1947), página 248 ss. En el presente caso los derechos del vendedor aparecen fundados en sentencia firme, que, no puede dudarse, constituye "un título auténtico" a efectos del citado precepto de LECrim.

(G. G. C.)

4. TITULARIDAD DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: *Es cierto que los Tribunales contencioso-administrativos deben entender de los procesos relacionados con las concesiones de transportes por carretera del Ministerio de Obras Públicas, y de sus respectivas transferencias, pero para ello es requisito indispensable que en la relación jurídica controvertida figure como parte interesada la propia Administración y que el problema discutido no sea de índole civil; cuando se trata de un contrato de esta naturaleza o del reconocimiento de un derecho de propiedad más o menos ligado con aquellas concesiones, su conocimiento se atribuye a la jurisdicción ordinaria.*

NULIDAD DEL ARTÍCULO 4.<sup>º</sup> C. c.: *Este artículo, por su gran generalidad, no es suficiente por sí solo para provocar la nulidad de un acto o negocio concreto y determinado, salvó que el mismo se acredite en debida forma que está en contradicción o disconformidad con un precepto expreso y textual que así lo establezca.*

PRUEBA: VALOR DEL DOCUMENTO PRIVADO NO RECONOCIDO: *La falta de reconocimiento del documento en que se basa el error de hecho no puede provocar su ineeficacia dado que según la doctrina proclamada en las Sentencias de 3 abril 1946 y 24 abril 1962, el artículo 1.225 C. c. no le desprovee de valor probatorio cuando ha sido adverado por cualquiera de los otros medios que el ordenamiento admite, porque, de otra forma, la validez y efectos de los contratos quedaría al arbitrio de la parte a quien perjudican. (Sentencia 25 junio 1968; no ha lugar.)*

5. CUESTIONES DE COMPETENCIA: FALTA DE PRINCIPIO DE PRUEBA ESCRITA: *Al no existir principio de prueba escrita que permita conocer el lugar de cumplimiento de la obligación ni el de celebración del contrato, la tramitación y decisión del litigio, de acuerdo con el artículo 1.171 C. c. y 62, 1.<sup>º</sup>, LEC, en relación con el artículo 1.<sup>º</sup> de la Ley de 17 julio 1948, corresponde al Juzgado de la población en que está enclavado el domicilio de la parte demandada. (Sentencia 27 febrero 1974.)*

6. COMPROVENTA A REMBOLSO: PAGOS PARCIALES MEDIANTE GIRO POSTAL: LUGAR DE CUMPLIMIENTO: *En la demanda de juicio verbal civil originaria de estas actuaciones, se ejercitan acciones personales de cumplimiento de cuatro contratos de compraventa, sin que exista sumisión expresa ni tácita a un juzgado determinado, y habiendo el comprador satisfecho voluntariamente parte del precio mediante giros postales, cuyo importe recibió el vendedor en su domicilio, ha de tenerse por designado el mismo lugar para el pago del resto del precio, según lo tiene establecida la doctrina jurisprudencial en SS. de 30 enero y 24 septiembre 1954, y 5 julio 1955, entre otras. (Sentencia 5 diciembre 1973; competencia territorial.)*

NOTA: Bajo la apariencia modesta de una sentencia resolutoria de la competencia territorial en un juicio verbal, puede albergarse una notable entidad económica. Las ventas de cosas muebles contra reembolso del primer plazo movilizan muchos millones de pesetas, así como las reclamaciones por falta de pago del resto. ¿No convendría revisar esa doctrina jurisprudencial establecida en una época en que la importancia económica de este tráfico era muy reducida, para proteger los intereses de la parte contractual normalmente más débil?

G. G. C.

7. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: PRINCIPIO DE PRUEBA: *Si bien es cierto que la competencia territorial se determina, a veces, en función de la relación existente entre el fundamento de hecho, como elemento de la pretensión procesal, y el territorio del Juzgado o Tribunal, también lo es que o los fines competenciales no hay que estar, sin más, a las simples manifestaciones de la parte actora, ya que la reiterada doctrina de esta Sala, según la cual, la influencia del título de la pretensión en la determinación de la competencia requiere un principio de prueba, que no obstante la menor intensidad de los efectos probatorios induzca a la creencia razonable de la existencia de los hechos o actos que la integran. (Sentencia 18 septiembre 1973; competencia.)*

8. COMPETENCIA: SUMISIÓN AL FUERO: *Entre los documentos presentados en su día por el demandado, que es precisamente quien suscitó la cuestión de competencia, figura una nota o propuesta de pedido en la que, con caracteres impresos, se dice claramente que las mercancías viajaban por cuenta y riesgo del comprador, añadiéndose que los contratantes se someten al fuero de los tribunales de la ciudad de Soria, lo que no puede ser desvirtuado por el hecho de que no aparezca la firma de quien la presenta, por no ser necesario.*

DOMICILIACIÓN DE LAS CAMBIALES: *Cuando no se ejercita la acción cambiaria, la domiciliación no puede tener otro valor que la facilitación del pago concedida al comprador. (Sentencia 19 enero 1974; competencia)*

9. REVISIÓN: BENEFICIO DE POBREZA: *El recurso de revisión que la Ley concede para que se rescinda y se deje sin efecto una sentencia firme es*

*tan independiente del pleito en que dicha sentencia se dictó que puede estimarse como procedimiento nuevo al margen del anterior, ya que él no es directa derivación ni consecuencia, no siendo tampoco una instancia continuación de otras anteriores, sino recurso o juicio aislado; en aplicación de dicha doctrina, el beneficio de pobreza concedido a la hoy recurrente, para que pudiera litigar en el juicio de menor cuantía en que recayó la sentencia objeto del recurso de revisión y sus incidencias, no pudo ser utilizado para la interposición del presente recurso (art. 35 LEC), de lo cual es consecuencia que el Procurador compareciente se personara ante esta Sala sin haberse otorgado a su favor el correspondiente poder (art. 3 LEC) y sin haber constituido el depósito a que se refiere el artículo 1.799 de la misma Ley.* (Sentencia 25 enero 1973; no ha lugar.)

**10. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO:** *Habiéndose presentado como novedad un documento en el que aparecían como compradoras las hijas de la demandada, no es posible decidir acerca de su validez sin la intervención de éstas, que pudieran resultar perjudicadas sin haber sido oídas.* (Sentencia de 29 de enero de 1974; no ha lugar.)

Una compañía constructora presentó demanda de resolución de contrato de compraventa de un piso. La demandada presenta un documento en el que aparecen como compradoras sus hijas, pero no alegó la falta de litisconsorcio pasivo necesario, doctrina que es acogida, en apelación, de oficio por la Audiencia. La demandante recurre en casación, basando su recurso en el núm. 2 del artículo 1.692 LEC, por incongruencia.

**11. INJUSTICIA NOTORIA: LITISCONSORCIO ACTIVO Y PASIVO NECESARIO:** *La finalidad esencial del proceso es conseguir la seguridad jurídica a medio de una declaración del órgano jurisdiccional que fije la relación jurídica objeto de controversia; de donde se infiere claramente que para que pueda producirse esa declaración es necesario que hayan sido avocadas al proceso todas cuantas personas puedan resultar afectadas por ella, ya que sin cumplirse este requisito se vendrá a juzgar a quien no haya sido oido ni vencido en juicio, con lo cual se conculcaría uno de los principios en que se asienta el proceso en los pueblos modernos.* (Sentencia 2 marzo 1974; ha lugar.)

Uno de los dos hermanos, arrendatarios de un local de negocio, demanda a la propietaria del mismo sobre reparación de obras necesarias. La propietaria opone las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo y activo, ya que sólo es demandada ella, siendo la casa propiedad de ella y sus hijos, y como actor demanda sólo uno de los dos inquilinos. A pesar de ello la demandada reconvenciona, solamente en su propio nombre, y, alegando que las obras exceden del cincuenta por ciento del valor de la finca solicita que sea rescindido el contrato de arrendamiento. La demanda es desestimada y aceptada la reconvención, por lo que el inquilino interpone recurso de injusticia notoria.

12. LITISCONSORCIO PASIVO EN PROCESO DE RESOLUCIÓN ARRENDATICIA: *La acción que afecta a varios interesados debe dirigirse, no contra uno sólo, sino contra todos ellos, para impedir que la resolución judicial que pueda poner término al litigio vulnera el axioma de que nadie puede ser condenado sin ser oido y evitar que la relación jurídico-procesal quede irregularmente constituida, con la consiguiente anulación de las actuaciones. Tal resultado no se produce si se ejercitó, por el propietario, una acción de resolución de los contratos arrendatarios relativos al inmueble litigioso y se demandó, como titular de uno de ellos, a quien manifestó ser el interesado cuando contestó a la pregunta que se le hizo en un requerimiento notarial y que además llevaba la gestión de dicho negocio que le pertenecía en unión de su madre y hermana, que tuvieron cabal y completo conocimiento del asunto por lo cual y teniendo en cuenta la oscuridad que de los hechos se desprende respecto a la situación arrendaticia de dichas señoras, así como que la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario no es de aplicación—según S. 25 marzo 1964—cuando los derechos de los posibles perjudicados estén salvaguardados como en este caso, procede rechazar el recurso.*

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear con éxito en este recurso cuestiones nuevas.* (Sentencia 26 enero 1974; no ha lugar.)

NOTA: En la sentencia se dice que la resolución del Juez de Primera Instancia afirma que el arrendatario, demandado en el expediente de declaración de ruina, ocultó deliberadamente la verdad y actuó en nombre de la comunidad hereditaria constituida con su madre y hermana y en favor de la misma. Dice finalmente la sentencia del T. S. que de resolver de distinta suerte, el éxito del derecho del propietario dependería de la buena o mala fe del arrendatario por carecer —el propietario— de medios legales para averiguar quiénes fueron los verdaderos sucesores en el arrendamiento, interpretación que, por conducir al absurdo, debe rechazarse.

13. EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA: *La excepción de litispendencia, establecida por el número 5.º del artículo 533 LEC, como medida preventiva para impedir la eventualidad de que sobre una misma cosa litigiosa se pronuncien resoluciones contradictorias, con el consiguiente desprestigio de los tribunales encargados de la Administración de Justicia, únicamente puede producir el efecto de paralizar el proceso en que se aduzca, cuando en juicio de igual naturaleza esté otro Juzgado o Tribunal conociendo de la misma cuestión en los propios términos que ante el Organismo Jurisdiccional en que aquella se invoca, de forma tal que la sentencia que recaiga en el primero produzca la excepción de cosa juzgada en el otro.* (Sentencia 31 enero de 1974; no ha lugar.)

14. CULPA EXTRAContractUAL: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: “DIES A QUO”: *Son hechos probados que la actora abrió la puerta del ascensor no estando éste en el piso, cayendo por el hueco y causándose las lesiones que ha padecido debiéndose tal hecho a que fallaron los mecanismos de se-*

*guridad que preceptivamente han de impedir la apertura de dichos aparatos, por lo que se trata de una acción de daños y perjuicios por culpa extracontractual, la cual pudo y debió ser ejercitada a partir del sobreseimiento del proceso penal, sin necesidad de esperar a conocer el quantum de los daños y perjuicios que podían perfectamente ser determinados en ejecución de sentencia, bastando con que quedaran declaradas la responsabilidad del causante y las bases de aquéllos.*

**IMPOSIBILIDAD DE CAMBIAR EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA ACCIÓN:** *Es evidente el acierto del Tribunal al estimar la imposibilidad de modificar la relación jurídico-procesal después de constituida, y acudir a justificar una responsabilidad nacida de contrato cuando se ejercita en origen una nacida de la culpa extracontractual, y ello porque siendo el juicio "la sustitución de la actividad de las partes por la del órgano jurisdiccional para declarar la voluntad de la ley en el caso concreto", no puede aquél salir de los límites marcados en la demanda.* (Sentencia 23 enero 1974; no ha lugar.)

**NOTA:** Un caso claro de pretensión fundada que fracasa por un inadecuado planteamiento procesal. La actora sufre una situación de gran invalidez a causa de la caída por el hueco del ascensor al fallar los mecanismos de seguridad, pero la demanda se interpone después de haber prescrito la acción del artículo 1.902. Sólo en trámite de recurso se invoca una posible responsabilidad contractual, cuya alegación se desestima por el T. S. Ni nuestra doctrina, ni nuestra jurisprudencia se han ocupado con amplitud de los supuestos de acumulación de acciones con base en los mismos hechos. En el presente caso, la actora era inquilina del piso y en calidad de tal podía invocar el incumplimiento por el arrendador de una específica obligación de seguridad implícita en el contrato. Nada impide acumular alternativamente las acciones por culpa contractual y extracontractual, que realizaría una finalidad de economía procesal evitando un nuevo proceso.

G. G. C.

**15. CONFESIÓN JUDICIAL: REQUISITOS:** *Para que la confesión en juicio tenga la fuerza probatoria que las leyes le conceden ha de ser, según la doctrina de la Sala, explícita y absoluta. La fuerza probatoria de la confesión judicial no es superior a la de los demás elementos de prueba y debe apreciarse por los tribunales en combinación con las otras pruebas y no con independencia de ellas.* (Sentencia 22 diciembre 1973; no ha lugar.)

**NOTA:** Una vez más el T. S. minimiza la importancia práctica de la confesión, una prueba que, desde un punto de vista lógico y racional, debiera ser la más decisiva de las pruebas, y lo más lamentable es que la razón, generalmente no confesada, de tal minimización se halla en la convicción, por parte del T. S., de una triste realidad observable constantemente en la práctica de buen número de nuestros órganos de instancia: la de la práctica de las pruebas de confesión y testifical sin la presencia e intervención directa del Juez. Ciertamente, si un órgano imparcial y especialmente cualificado, como sólo puede ser el Juez llamado a decidir —nunca el personal de secretaría, ni aun el secretario— no realiza

personalmente el interrogatorio, matizando y explicando el alcance de las preguntas, cerciorándose de la inteligencia de las mismas, por parte de los destinatarios de las posiciones, preguntas o repreguntas, pidiendo las oportunas aclaraciones y captando los matices subjetivos que se advierten en las pruebas de tipo personal, el valor de la confesión y de la prueba testifical se rebaja extraordinariamente. Ahora bien, lo que resulta sorprendente es que se sigan manteniendo las prácticas en uso y no se ponga remedio a una situación que tanto desprestigia a nuestro proceso.

J. P. R.

16. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: CARGA DE LA PRUEBA: *Alegado por el arrendatario demandado, que el arrendador le autorizó para la realización de las obras, la prueba de tal consentimiento pesaba sobre el arrendatario.*

INJUSTICIA NOTORIA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: "NÚMERUS CLAUSUS": *Para dar lugar al quebrantamiento de forma ha de tratarse de alguno de los defectos esenciales señalados en el artículo 1.693 LEC, no pudiendo estimarse ningún otro motivo por analogía.* (Sentencia 14 marzo 1974; no ha lugar.)

17. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FACULTAD PARA NOMBRAR PROCURADOR: *El poder otorgado por el "Lloyd Brasileiro Patrimonio Nacional" para representar al otorgante en España, en cualquier ciudad de su territorio, y contratar abogados con poderes judiciales, es suficiente para nombrar Procurador que le represente en juicio.*

RECIBIMIENTO A PRUEBA: FALTA DE DILIGENCIA DE LA PARTE: *Se concedió el término extraordinario de ocho meses para practicar la propuesta fuera de España, y por no haber sido oportunamente cumplimentada el Juzgado de Primera Instancia, a medio de providencia para mejorar proveer, brindó ocasión procesal para la aportación de la Comisión rogatoria, sin que se hayan justificado las causas de la demora, por lo cual, dado el gran lapso de tiempo transcurrido mal puede sostener el recurrente que la dilación no le sea en parte imputable.* (Sentencia 15 febrero 1968; no ha lugar.)

18. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: RECIBIMIENTO A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: RECONOCIMIENTO JUDICIAL: *Según el párrafo 2.º del artículo 567 LEC, al que se remite el núm. 1.º del artículo 862 de la misma Ley, desestimado el reconocimiento judicial en primera instancia, para que la parte interesada pudiera solicitar su práctica en la segunda sería menester que contra la providencia denegatoria del Juzgado hubiese utilizado el recurso de reposición y que éste no hubiera sido estimado.*

PRUEBA TESTIFICAL: *La prueba testifical no pudo hacerse en la primera instancia por causa imputable al recurrente, dado que el testigo incomparcido debió ser presentado por la parte proponente, ya que no se solicitó su citación judicial.*

**HECHO NUEVO:** *Por hecho nuevo debe entenderse el ocurrido fuera del proceso, con posterioridad al término concedido para proponer la prueba en primera instancia, pero no la apreciación judicial posterior a un hecho producido con anterioridad al plazo otorgado para proponer la prueba en primera instancia.* (S. 10 diciembre 1973; no ha lugar.)

**19. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DENEGACIÓN DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: COMISIÓN ROGATORIA A POLONIA:** *Concedido término extraordinario de prueba a la parte concurrente en primera instancia para la práctica en Polonia de la documental testifical que propuso, es evidente que la falta de práctica dentro de dicho término, tuvo su origen en causa imputable a la parte que la propuso, ya que debió, al no llegar a su destino, la comisión rogatoria, instar ante el Juzgado la reproducción de la misma, ejercitando su actividad en momento oportuno.* (Sentencia 2 marzo 1974; no ha lugar.)

**20. CONTRATO DE OBRA: INCONGRUENCIA:** *No hay incongruencia si la sentencia en su parte dispositiva viene a recoger exactamente las mismas palabras que se contenían en el petitum de la demanda, y en el cuerpo de sentencia se tienen en cuenta las alegaciones de hecho y los fundamentos de derecho invocados por la parte actora.*

**APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA:** *No es lícito en casación desarticular la apreciación conjunta de la prueba, combatiendo sólo algunos de los elementos aislados que sirvieron de base para su formación.* (Sentencia 18 junio 1968; no ha lugar.)

**21. COSA JUZGADA: ELEVACIONES DE RENTA ARRENDATICIA URBANA: IRRETROACTIVIDAD:** *Si bien, conforme a lo dispuesto en el art. 101 de la LAU, la facultad del arrendador para elevar la renta o conceptos que a la misma se asimilan, podrá ejercitárla, en cualquier tiempo, con sujeción a las reglas indicadas en el núm. 2 del citado precepto y reclamar, en adelante, el importe de esta elevación, sin efectos retroactivos a medida que vayan venciendo los períodos de pago convenidos porque, en efecto, la obligación es de trato sucesivo, no lo es menos que, una vez ejercitada la acción para fijar la renta correspondiente, no puede volver a reproducirse para subsanar defectos de prueba o para pretender una rectificación del criterio judicial porque esto va contra el principio de seguridad jurídica.*

**INTERPRETACIÓN EN INJUSTICIA NOTORIA DEL ALCANCE DE LA DEMANDA:** *La interpretación de la demanda es operación mental por la que se fija el sentido y alcance de los términos de un documento, función propia de los Tribunales de instancia y a ella hay que atenerse en casación mientras no se demuestre que la interpretación es ilógica o absurda.* (Sentencia 23 noviembre 1973; no ha lugar.)

22. ARBITRAJE DE EQUIDAD: PRÓRROGA DEL PLAZO: FORMA: *Apareciendo que la formalización del laudo arbitral fue acordada judicialmente por auto, en cuya parte dispositiva se señalaba un plazo de cuatro meses, prorrogables por otros dos, para que los árbitros pronuncien su laudo, se deduce la innecesidad de la escritura pública, tanto para la formalización del compromiso como para hacer uso de una prórroga ya concedida judicialmente.*

ACTOS PROPIOS: *Dado que los árbitros notificaron a las partes que hacían uso de la prórroga, y que ésta no recurrieron de tal acuerdo, sino que por el contrario instaron durante dicha prórroga la práctica de diversas pruebas, la posterior desconformidad de una de ellas resulta jurídicamente irrelevante al conculcar el principio del respeto a los actos propios.* (Sentencia 11 octubre 1968; no ha lugar.)

23. RECURSO DE NULIDAD: ARBITRAJE DE EQUIDAD: PUNTOS NO SOMETIDOS A DECISIÓN: *Al haberse pactado en la escritura de compromiso que el árbitro debería "determinar la procedencia o no, de modificaciones o rectificaciones estatutarias, o de acuerdos sociales, señalando en su caso, los términos de reforma o modificaciones, que tendrán obligación de llevar a cabo los socios", el árbitro no ha resuelto puntos no sometidos a su decisión, al decretar la nulidad de varios artículos de los estatutos y hacer constar en el laudo la redacción de los nuevos.* (Sentencia 11 octubre 1973; no ha lugar.)

24. RECURSO DE NULIDAD: ARBITRAJE DE EQUIDAD: ÁMBITO DEL RECURSO: *La prohibición que establecen los arts. 1.691-3.º en relación con el 487 de la Ley Rituaria, son para que no pueda tratarse en el arbitraje, pero en nada se refiere a las relaciones anteriores entre las partes; la escritura de compromiso no puede ser objeto de este recurso de nulidad que sólo permite resolver sobre los extremos que cita el art. 30 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado que se remite al 1.691 LEC.*

PLAZO: *Por acuerdo de los interesados puede establecerse una prórroga al plazo para dictar el laudo, en escritura adicional a la de compromiso.*

ERROR DE CUENTAS: *Contra el laudo que dictan los árbitros de equidad, sólo cabe el recurso de nulidad por alguna de las causas del art. 1.691-3.º de la Rituaria, quedando por tanto muchas cuestiones jurídicas, que no tienen encaje en ellos por lo limitado de su alcance, sin que cualquier error de cuenta pueda dar lugar a la nulidad.* (Sentencia 26 enero 1974; no ha lugar.)

25. LAUDO ARBITRAL: PLAZO DE MESES: CÓMPUTO: *El art. 7 C. c., dispone que cuando se trata de meses, se entenderá que éstos son de treinta días, por lo que en este aspecto, es cierto que la doctrina de esta Sala, viene*

*estableciendo, que en orden al sistema de cómputo del plazo, en aquellos supuestos, frecuentes, en que sin fijar una fecha tope para pronunciar el laudo, se señala un período de meses, sin designarlos por sus nombres, aquel precepto legal citado, proclama la procedencia del cómputo civil.* (Sentencia 6 octubre 1973; ha lugar.)

En el caso estudiado por esta Sentencia era indiferente la aplicación del cómputo civil o natural, ya que habiéndose aceptado el arbitraje, el mismo día del otorgamiento de la escritura, 21 de julio, y siendo el plazo de cinco meses, el laudo se dictó el 22 de diciembre, con el cómputo civil el plazo finalizaba el día 18 de diciembre, y con el natural el día 21 del mismo mes.

26. **LAUDO ARBITRAL: PLAZO Y LUGAR DEL LAUDO:** *La escritura de compromiso establece que el laudo debería emitirse en el plazo de un año a contar desde el 8 de noviembre de 1971, y la escritura notarial donde consta el laudo es de 7 de noviembre de 1972, por lo que está dictado en el plazo marcado; entre las causas taxativamente determinadas en el ordinal 3.º del art. 1.691 LEC., para la prosperabilidad de esta clase de recurso no figura la disparidad de lugar de emisión del laudo.*

**PUNTO NO RESUELTO:** *El silencio —no resolver algo— de los árbitros no está comprendido entre las causas del n.º 3.º del art. 1.691 LEC. como motivo del recurso, salvo —lo que aquí no sucede— que se trate de materias que constituyan premisa indispensable de los pronunciamientos referentes a los demás puntos sometidos al laudo.* (Sentencia 22 octubre 1973; no ha lugar.)

27. **CASACIÓN: AUDIENCIA DEL REBELDE: PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA EN EL "B. O. E.":** *Las circunstancias señaladas en el último párrafo del artículo 769 LEC., han de ser valoradas por el Juez, y no por la parte.*

**PLAZO:** *Publicada la sentencia en el "B. O. E.", no cabe plantear el problema de la caducidad en relación a la fecha de la publicación de la misma en el "Boletín de la Provincia".* (Sentencia 14 febrero 1974; no ha lugar.)

28. **CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS:** *Para que haya de estarse al sentido literal de las cláusulas de un contrato, es factor indispensable que los términos de éste sean claros y no dejen duda sobre la intención de los contratantes.*

**CASACIÓN: ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS:** *Para que pueda entrarse en el análisis de un motivo que acuse la existencia de error de derecho en la apreciación de la prueba, es menester que se cite con claridad y precisión la norma pre establecida por la Ley que reconozca*

*a un medio de prueba determinada eficacia, y siendo así que el art. 1.281, 1.<sup>o</sup> del C. c., no se encuentra en tal caso, pues no forma parte de las normas reguladoras de la eficacia de las pruebas, sino de las que disciplinan la interpretación de los contratos, tal motivo tiene que perecer.* (Sentencia 26 marzo 1974; no ha lugar.)

**29. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS EN CASACIÓN:** *Según la jurisprudencia de la Sala Primera, la interpretación en la instancia de los contratos y actos ha de ser respetada, siempre que no sea desproporcionada o absurda.*

**CASACIÓN: FORMALISMO: INCOMPATIBILIDAD DE CONCEPTOS DE INFRACCIÓN:** *Los conceptos de aplicación indebida y violación son incompatibles.* (S. 15 marzo 1974; no ha lugar.)

**30. CONTRATO DE OBRAS: CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS:** *Deben ser reputadas como cuestiones nuevas, a todos los efectos, las suscitadas con posterioridad a los períodos de alegación y discusión, sin que pueda darse entrada en este limitado y extraordinario recurso a cuestiones que, por no haber sido propuestas en el pleito oportunamente, no fueron, dentro de él, discutidas y resueltas.* (Sentencia 22 mayo 1968; no ha lugar.)

**31. CONTRATO DE OBRA: INTERPRETACIÓN:** *Según reiterada jurisprudencia, siendo racional la interpretación dada por el Tribunal "a quo" al contrato de arrendamiento de obra otorgado por las partes, no puede ser sustituida por la que del mismo hace el recurrente.*

**ERROR DE HECHO:** *Ha de partir necesariamente de un hecho irrefutable que conste en el documento y sea absolutamente contrario a las afirmaciones del Juzgador; no puede basarse en documento examinado por la Sala de instancia para fundamentar su sentencia, y no puede hacerse supuesto de la cuestión procediendo a interpretar el mismo en forma distinta a como lo hace aquéllo.* (Sentencia 12 marzo 1968; no ha lugar.)

**32. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO:** *El recurso se apoya en el número 3.<sup>o</sup> del art. 1.692 LEC. Se arguye como infringido el art. 359 de la misma Ley, pero no expresa el "concepto" en que tal infracción ha sido cometida, con lo que queda incumplido el mandato num. 4.<sup>o</sup> del art. 1.729 de la Ley Rituaria, y es constante la Jurisprudencia de esta Sala de que las causas de inadmisión se convierten en este trámite en causas de desestimación.*

**COSTAS:** *En materia de costas es preciso tener en cuenta: 1.<sup>o</sup> El artículo 1.902 C. c. es el que se tiene en cuenta para juzgar en materia de costas. 2.<sup>o</sup> Dicho artículo, por sí no dice en qué casos habrá culpa o negligencia, por parte del obligado a reparar el daño. 3.<sup>o</sup> Ello habrá de infer-*

*rirse de otro precepto legal, más completo, en que regulando la materia de costas, imperativamente disponga a qué parte, de las llamadas a juicio, habrá que imponerlas. 4.º No existe expresa declaración, de que, en todos los casos en que se aprecie la falta de legitimación pasiva, habrán de imponerse a la parte impulsora del pleito. (Sentencia 17 abril 1974; no ha lugar.)*

**33. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: CONTRA SENTENCIA DE NULIDAD DE ACTUACIONES:** *La primera circunstancia exigida por el art. 1.752 de la Ley rituaria, para la admisión del recurso por quebrantamiento de forma, es que la sentencia tenga el carácter de definitiva con arreglo al 1.690 y éste determina en su número 1.º, que tendrán el concepto de definitivas, entre otras, las que recayendo sobre un incidente o artículo, ponga término al pleito haciendo imposible su continuación; como el incidente de nulidad de actuaciones no pone término al juicio haciendo imposible su continuación, la sentencia recaída en el mismo no tiene el carácter de definitiva. (Sentencia 23 octubre 1973; no ha lugar.)*

**34. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DILIGENCIA PARA MEJOR PROVEER:** *La falta a que alude el núm. 4.º del art. 1.693 LEC., sólo puede invocarse en aquellos juicios en que la Ley exige previa citación para la diligencia de prueba que se acuerde, y es un hecho cierto y así lo viene declarando reiteradamente este Tribunal, que, contra la diligencias comprendidas en el art. 340 LEC., no cabe el recurso de quebrantamiento de forma.*

**RECLAMACIÓN PREVIA:** *Dictado un proveído y notificado a las representaciones de las partes, se hace indudable que al no formularse oposición alguna a lo acordado en dicho proveído, por el aquietamiento de las partes interesadas, ha de quedar firme. La protesta o reclamación exigida por el art. 1.696 LEC., habrá de entenderse en todo caso mediante la utilización, en tiempo, de los recursos legales contra las resoluciones origen de falta. (Sentencia 20 noviembre 1973; no ha lugar.)*

**35. RECURSO DE CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: REQUISITOS: SENTENCIA FIRME: INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES:** *Con arreglo al artículo 1.753 de la LEC., el recurso de casación por quebrantamiento de forma no debe admitirse cuando no concurren todas las circunstancias que se mencionan en el 1.752 de la misma Ley, figurando entre ellas como la primera y más fundamental, la de que la sentencia o resolución reclamada sea definitiva o tenga el concepto de tal, según el artículo 1.690 de la Ley procesal, lo que no ocurre en la que es objeto del recurso actual, como recaída en un incidente de nulidad de actuaciones (no es definitiva ni puede ostentar tal carácter, conforme a una reiteradísima y uniforme doctrina jurisprudencial) porque sobre no poner término al juicio principal, tampoco imposibilita o estorba la continuación del mismo, y por ello ni el recurso debió ser admitido por el Tribunal "a quo"*

ni, careciendo de condiciones de admisibilidad, puede entrarse hoy en el examen del motivo alegado. (Sentencia 31 octubre 1973; no ha lugar.)

36. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *El recurso fundado en el art. 1.695 LEC., se viene estimando por la doctrina de este Tribunal como una variante del de "casación por infracción de ley". Es obvio que resulta inadecuado e improcedente encuadrarlo en el recurso de "quebrantamiento de forma".*

RESOLUCIONES RECURRIBLES: *Son recurribles, al amparo del art. 1.695 LEC., las resoluciones que dicten las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de sentencias que sean susceptibles de casación, cualidad ésta que no tienen las derivadas del juicio ejecutivo.* (Sentencia 29 noviembre 1973; no ha lugar.)

37. RECURSO DE REVISIÓN: NATURALEZA: *El carácter extraordinario del proceso especial que la LEC. denomina recurso de revisión, que tiende a destruir la presunción de verdad que a la cosa juzgada atribuye el artículo 1.251 C. c., obliga a una aplicación restrictiva de los preceptos que lo regulan.*

NECESIDAD DE PODER ESPECIAL: *Según la doctrina de esta Sala, la autorización genérica para litigar y ejercitar los recursos de ley, comprende sólo a los ordinarios previstos en el cauce normal del proceso, pero no a los extraordinarios que deben ser autorizados específicamente, y en el caso de autos la autorización expresamente se limita a los de casación, con lo cual excluye a contrario sensu cualquier otro, y con mayor motivo dado el carácter excepcional que el de revisión presenta.*

CAUSA DE INADMISIÓN: *El proceso especial y autónomo de revisión hay que considerarlo dividido en dos períodos, el de admisión y el de estimación, procediendo en lo no previsto expresamente la aplicación subsidiaria de la normativa del recurso de casación; conforme a lo dispuesto en los arts. 1.729-2.º en relación con el 1.728 de la LEC. no puede darse lugar a la admisión del recurso cuando no se presenta el poder, o éste sea insuficiente; y esta cuestión que ha de resolverse en la sentencia definitiva con carácter previo impide todo pronunciamiento sobre la cuestión de fondo.* (Sentencia 25 septiembre 1968; no ha lugar.)

38. RECURSO DE AUDIENCIA EN REBELDÍA: PRUEBA DE LA AUSENCIA: *Aplicando plenamente probado que la recurrente se encontraba en España y renovó su pasaporte ante el Consulado de Italia en Madrid, desaparece la base fáctica del recurso aún en el supuesto de que la entrada en España fuese clandestina.* (Sentencia 15 junio 1968; no ha lugar.)

39. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DESHAUCIO POR EXPIRACION DE PLAZO: *Transcurrido el plazo contractual de vigencia del arrendamiento de un establecimiento hotelero, procede al desahucio sin que el supuesto implique complejidad.*

AMBITO DEL JUICIO DE DESAHUCIO: *En el procedimiento de desahucio, por su carácter sumario y finalidad recuperatoria de la posesión, sólo pueden declararse las cuestiones que afectan al título en que se ampara el petitorum y las referidas a la situación del demandado que dan lugar a la desposesión, quedando fuera otras que, derivadas del propio título arrendatario, plantean dudas sobre la legalidad del título que legitima al actor para el ejercicio del juicio de desahucio, o cuando la expiración del contrato dependiese de hechos cuya probanza excede de los límites de este juicio, en cuyo caso la doctrina jurisprudencial considera inadecuado el procedimiento y remite al juicio ordinario; para que así ocurra no basta la mera alegación del demandado, sino que requiere una razón fundada de la complejidad de la cuestión litigiosa, sin que puedan darse normas de carácter general.* (Sentencia 17 junio 1968; no ha lugar.)

40. AMBITO DE LA LAU: PROCEDIMIENTO APLICABLE: *Tratándose de interpretación y aplicación de un contrato preparatorio de otro de arrendamiento, de naturaleza compleja, la cuestión excede del ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos y el procedimiento aplicable no puede ser el de ésta.*

CUESTIONES NUEVAS: CASACIÓN: *No puede tomarse en consideración, en el recurso de casación, una cuestión planteada, por primera vez, en fase de dicho recurso.* (Sentencia 4 diciembre 1973; no ha lugar.)

41. INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN: VÍA PARA COMBATIRLA: *Desde el momento en que el Tribunal sentenciador deriva sus conclusiones por la senda de la interpretación, no hay otro medio de combatirlas que la del cauce del núm. 3º del art. 136 LAU.* (Sentencia 15 diciembre 1973; no ha lugar.)

42. CUESTIONES NUEVAS EN INJUSTICIA NOTORIA: *Si el recurso se basa en cuestiones nuevas, no debatidas en la instancia, incide en causa de inadmisión y, ya en el trámite de decisión, en causa de desestimación.* (Sentencia 5 noviembre 1973; no ha lugar.)

43. INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN CON BASE EN MOTIVO INADECUADO: INFRACCIÓN DE LEY O ERROR DE HECHO: RESPETO A LOS HECHOS FIJADOS POR EL ÓRGANO "A QUO": *No habiéndose combatido el hecho en que se basa la sentencia impugnada, por el cauce adecuado de la causa 4.ª —error de hecho— procede desestimar el recurso basado en la infracción de ley.* Sentencia 15 marzo 1974; no ha lugar.)

**Suscripción anual:** España, 1.000,— pesetas  
Extranjero, 1.150,— pesetas  
**Número suelto:** España, 350,— pesetas  
Extranjero, 450,— pesetas